

SCHRIFTLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

(Bucerius Law School)

c/o RA Dr. iur. h.c.

Gerhard Strate

Holstenwall 7, 20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten

Gaede, Stephan Schlegel (Web-

master)

STÄNDIGE MITARBEITER

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,

(Univ. Luzern); Dr. Antje du Bois-

Pedain, M.Jur. (Oxon), (Univ. Cam-

bridge); Prof. Dr. Diethelm Kleszc-

zewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr.

Hans Kudlich (Univ. Erlangen-

Nürnberg); Wiss. Ref. MPI Freiburg

i.Br. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale);

RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA

Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA

Markus Rübenstahl, mag. iur.

(White & Case LLP, Frankfurt

a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger

(Bucerius Law School Hamburg);

Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ.

Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke

(Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang

Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

RA Prof. Dr. Jörg Arnold, Freiburg/Münster - **Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes des Strafverteidigers: Auf dem Weg zu einem „europäischen“ Strafverteidiger?** S. 10

Wiss. Ass. Stephan Schlegel, Zürich - **„Online-Durchsuchung light“ – Die Änderung des § 110 StPO durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung** S. 23

Die Ausgabe umfasst drei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR **Mooren v. Deutschland – Rechtzeitige Akteneinsicht bei Untersuchungshaft**

BVerfG **Urinproben in der Untersuchungshaft und disziplinarrechtliche Ahndung der Verweigerung einer Urinprobe**

BGH **Kriterium des eigenen Interesses bei der Mittäterschaftsprüfung**

BGH **Objektive und individuelle Vorhersehbarkeit bei seltenen medizinischen Vorfällen (Körperverletzung mit Todesfolge)**

BGHSt **Anwendbarkeit des § 316a StGB wenn das Tatopfer zu Beginn des Angriffs nicht Führer des KFZs war**

BGHSt **Anforderungen an die Überzeugungsbildung und ihre Darstellung bei Verurteilung auf Grund eines im Wege einer Verfahrensabsprache geleisteten Geständnisses eines ehemals angeklagten Belastungszeugen**

BGH **Vollendung bei räuberischer Erpressung und bei Raub**

BGH **Rechtswidrigkeit von Strafverfolgungsmaßnahmen der Generalbundesanwältin im Vorfeld des G-8-Gipfels in Heiligendamm**

BGHSt **Zulässigkeit der Akteneinsicht in Akten eines Nebenbetroffenen**

BGH **Rechtsmissbrauch der Verteidigung bei unvollständigem, irreführendem Tatsachenvortrag**

BGHSt **Einschränkende Auslegung des Tatbestandsmerkmals „mit sich führen“ in § 30a II Nr. 2 BtMG**

BGH **Absatzhilfe und unmittelbares Ansetzen bei der Steuerhhelei**

Die Ausgabe umfasst 71 Entscheidungen.

HRRS

Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche
Rechtsprechung zum Strafrecht
<http://www.hrr-strafrecht.de>

HERAUSGEBER
RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTLÉITUNG
Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede
(Bucerius Law School)
c/o RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION
Ri Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede, Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. Max-Planck-Institut Freiburg i.Br. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale); RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277
9. Jahrgang, Januar 2008, Ausgabe

1

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

1. EGMR Nr. 11364/03 – Urteil der 5. Kammer vom 13. Dezember 2007 (Mooren v. Deutschland)

Rechtmäßigkeit der Untersuchungshaft (rechtsfehlerhafter Haftbefehl; Recht auf eine zügige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit; Bedingungen einer Heilung); Recht auf Akteneinsicht (Waffengleichheit in der Haftprüfung, Haftbeschwerde: Ungenügen einer mündlichen oder schriftlichen Zusammenfassung; Anforderungen an eine Heilung; Gefährdung des Untersuchungserfolges) und Recht auf ein faires Verfahren; Zulässigkeit der Individualbeschwerde (Ausschöpfung nationaler Rechtsbehelfe: Effektivität der Rechtsbehelfe; Verlust der Opferstellung); redaktioneller Hinweis. Art. 5 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 EMRK; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. b, c EMRK; Art. 34 EMRK; Art. 35 EMRK; § 147 StPO; § 117 Abs. 1 StPO

1. Das von Art. 5 Abs. 4 EMRK gewährte Haftprüfungsverfahren muss dem Recht auf Gehör entsprechen und

die Waffengleichheit unter den Beteiligten wahren. Die Waffengleichheit ist nicht gewährleistet, wenn dem Verteidiger des Inhaftierten der Zugang zu den Dokumenten der Verfassensakte verweigert wird, die für eine effektive Verteidigung gegen die Inhaftierung erforderlich sind. Das Bedürfnis zu einer effektiven Strafverfolgung darf auch im Ermittlungsverfahren nicht um den Preis erheblicher Einschränkungen der Verteidigungsrechte verfolgt werden. Informationen, die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Inhaftierung erforderlich, sind dem Verteidiger des Beschuldigten auf eine angemessene Art und Weise zugänglich zu machen.

2. Diesen Anforderungen genügt es auch in Steuerstrafverfahren nicht, wenn dem Verteidiger eine schriftliche Zusammenfassung der für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit wesentlichen Informationen aus der Verfassensakte vorgelegt wird, die von der Staatsanwaltschaft (BuStra/StraBu) verfasst worden ist und die zugrunde liegenden Beweismittel nicht angibt. Dies gilt selbst

dann, wenn dem Beschuldigten – nicht aber zugleich dem Verteidiger – Teile der zugrunde liegenden Beweismittel bekannt sein dürften. Auch mündliche Zusammenfassungen zu den angenommenen Fakten und Beweismitteln seitens des Gerichts genügen den Anforderungen nicht.

3. Eine spätere Anerkennung durch ein Gericht, dass das Recht auf Akteneinsicht zunächst verletzt wurde, auf Grund derer die Akteneinsicht nachträglich gewährt wurde, heilt den Verstoß jedenfalls dann nicht, wenn sie selbst nicht zügig erfolgt: Der Schutz der Rechte des Art. 5 EMRK kann nur effektiv sein, wenn seinen Garantien zügig entsprochen wird.

4. Art. 5 Abs. 4 EMRK garantiert ein Recht auf eine zügige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer Inhaftierung und eine zügige Anordnung der Freilassung, wenn sich die Inhaftierung als rechtswidrig erweist. Die Frage, wann das Recht auf eine zügige Entscheidung respektiert worden ist, muss unter Einbeziehung der gesamten Umstände des einzelnen Falles beantwortet werden und anhand eines Standards entschieden werden, der angesichts der Betroffenheit der persönlichen Freiheit strikt sein muss. Zum Einzelfall einer Verletzung, die wesentlich durch eine verzögerte Rückverweisung an das zuständige Gericht entstanden ist.

5. Beruft sich eine Regierung auf die Nichtausschöpfung nationaler Rechtsmittel hat sie den EGMR zu überzeugen, dass die betroffenen Rechtsmittel zur fraglichen Zeit theoretisch und praktisch zugänglich waren, realistische Erfolgsaussichten hatten und hinsichtlich der Beschwerden des Beschwerdeführers Abhilfe hätten schaffen können. Zum Ungenügen des Verfahrens nach § 147 Abs. 5 StPO hinsichtlich einer Beschwerde wegen der Rechtswidrigkeit einer Untersuchungshaft.

27. BVerfG 2 BvR 1136/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. November 2007 (LG Memmingen/AG Memmingen)

Anordnung der Abgabe einer Urinprobe in der Untersuchungshaft (Verdacht des Drogenkonsums; Selbstbelastungsfreiheit); disziplinarische Maßnahmen bei Nichtbefolgung gerichtlicher Anordnungen (Schuldgrundsatz; vorgehende schriftliche Mitteilung der gerichtlichen Entscheidung).

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 119 Abs. 3, Abs. 6 StPO; § 145a Abs. 1 StPO; § 35 Abs. 2 S. 2 StPO

1. Beschränkungen in der Untersuchungshaft sind nur zulässig, wenn sie erforderlich sind, um eine reale Gefahr für die in § 119 Abs. 3 StPO genannten öffentlichen Interessen abzuwehren, und dieses Ziel nicht mit weniger eingreifenden Maßnahmen erreicht werden kann (vgl. BVerfGE 35, 5, 9 f.; 35, 311, 321). Dies erfordert konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Haftzwecks oder der Ordnung in der Anstalt (vgl. BVerfGE 35, 5, 10; 57, 170, 177).

2. Die Abgabe einer Urinprobe kann auf § 119 Abs. 3 StPO gestützt werden, wenn sie dazu dient, den schwerwiegenden Gefahren zu begegnen, die vom Konsum von

Betäubungsmitteln für die Sicherheit und Ordnung der U-Haftanstalt ausgehen und konkrete Anhaltspunkte für einen Betäubungsmittelkonsum des betroffenen Gefangenen bestehen.

3. Disziplinarmaßnahmen sind strafähnliche Sanktionen, für die der aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleitete Schuldgrundsatz gilt.

4. Es begegnet grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, die Weigerung eines Untersuchungsgefangenen, der Anordnung zur Abgabe einer Urinprobe zu folgen, disziplinarisch zu ahnden.

5. Die auf § 119 Abs. 3 StPO gestützte gerichtliche Anordnung zur Abgabe einer Urinprobe ist als Entscheidung, durch die keine Frist in Lauf gesetzt wird, gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 StPO dem Betroffenen oder seinem durch Vollmacht ausgewiesenen Verteidiger (§ 145a Abs. 1 StPO) formlos mitzuteilen. Da der Zweck der Bekanntgabe darin liegt, der betroffenen Person die Möglichkeit zu eröffnen, ihr weiteres prozessuales Vorgehen abzuwägen, vor allem zu klären, ob sie Rechtsmittel einlegen will, ist dem Betroffenen in der Regel ein Entscheidungsabdruck auszuhändigen.

26. BVerfG 2 BvR 67/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss 26. Oktober 2006 (LG Kassel)

Akteneinsicht Dritter im Strafverfahren (Berücksichtigung schutzwürdiger Belange des Beschuldigten; Beschränkung des Zuganges zu Akteninhalten; Anhörung; informationelle Selbstbestimmung).

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 475 StPO

Bei der Erteilung von Auskünften aus Verfahrensakten oder der Gewährung von Akteneinsicht nach § 475 StPO muss die Auskunft erteilende oder Akteneinsicht gewährende Stelle die schutzwürdigen Interessen der Personen, über welche Informationen in den Akten enthalten sind, gegen das Informationsinteresse der beantragenden Person abwägen und den Zugang zu den Daten gegebenenfalls angemessen beschränken.

28. BVerfG 2 BvR 2332/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Dezember 2007 (OLG Stuttgart/LG Stuttgart)

Begründung der Verfassungsbeschwerde (Geltendmachung der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts); Missbrauchsgebühr (wiederholte wortgleiche Einlegung).

§ 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1. Eine Verfassungsbeschwerde gegen gerichtliche Entscheidungen ist unzulässig, wenn die Begründung der Verfassungsbeschwerde sich allein in der Darlegung der Verletzung einfachen Rechts erschöpft. Die Begründung nach § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG erfordert Ausführungen dazu, warum die angegriffenen Entscheidungen den Beschwerdeführer möglicherweise in Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt haben.

2. Ein Fall der missbräuchlichen Erhebung einer Verfassungsbeschwerde, welcher zur Auferlegung einer Missbrauchsgebühr führen kann, liegt insbesondere dann vor, wenn die Erhebung der Beschwerde jedem Einsichtigen

von vornherein völlig aussichtslos erscheint. (Vorliegend wiederholte wortgleiche Einlegung trotz bereits ergangener Nichtannahmeentscheidung.)

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

53. BGH 4 StR 425/07 – Urteil vom 29. November 2007 (LG Saarbrücken)

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme (Tatherrschaft; Mittäterschaft und Beihilfe); Mord (Heimtücke: maßgeblicher Zeitpunkt für die Arglosigkeit, zwischenzeitlicher Verlust des Argwohns; niedrige Beweggründe: Hinrichtung für die Nicht-Rückzahlung von Schulden).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 28 StGB; § 212 StGB

1. Tatherrschaft ist nicht nur gegeben, wenn der Tatbeteiligte die Tatbestandsverwirklichung eigenhändig vornimmt, sondern bereits dann, wenn er in Arbeitsteilung mit Anderen eine für das Gelingen der Tat wesentliche Funktion innehat (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 74, 75). Dies ist der Fall, wenn sein Tatbeitrag „die Tat überhaupt erst ermöglicht“. Dem Umstand eines mangelnden eigenen Interesses an der Tat kommt im Hinblick auf einen erbrachten wesentlichen Tatbeitrag als Abgrenzungskriterium nur eine marginale indizielle Bedeutung zu (vgl. BGH wistra 2001, 420, 421). Er schließt, ebenso wenig wie der Umstand, dass der Tatbeteiligte (zunächst) in eine gemeinsame Planung der Tat nicht mit eingebunden war (vgl. BGH NStZ 2006, 44, 45), nicht aus, dass der Angeklagte die Tat als eigene wollte.

2. Nach ständiger Rechtsprechung erfordert die Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) - auf der Grundlage gemeinsamen Willens - einen die Tatbestandserfüllung fördernden Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann. Hat ein Tatbeteiligter einen wesentlichen Beitrag geleistet, so ist er

als Mittäter anzusehen, wenn er die Tat als eigene wollte. Ob er ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Bedeutsame Anhaltspunkte dafür können der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu sein, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich vom Willen des Tatbeteiligten abhängen (vgl. BGH StV 1983, 501; NStZ-RR 2002, 74, 75; 2004, 40, 41).

3. Wenn der Angeklagte sein Tatopfer, mit dem er freundschaftlich verbunden war, zur „Bestrafung“ für die Nicht-Rückzahlung von Schulden gleichsam „hinrichtet“, bietet dies tragfähige Anhaltspunkte für die Annahme (sonst) niedriger Beweggründe.

4. Eine Verurteilung von Teilnehmern wegen Beihilfe zum Mord aus niedrigen Beweggründen ist nur dann möglich, wenn diese selbst als Gehilfen ihre Tatbeiträge entweder ebenfalls aus niedrigen Beweggründen oder in Kenntnis der niedrigen Beweggründe des (Haupt-)Täters erbracht haben (st. Rspr., vgl. BGHR StGB § 211 Abs. 2 niedrige Beweggründe 43).

5. Die Arglosigkeit i.S. der Heimtücke kann aus unterschiedlichen Gründen entfallen. Maßgeblich sind jeweils die Umstände des konkreten Falles. Zu den Voraussetzungen für die Annahme, das Opfer habe seinen anfänglich bei Beginn der Tat vorhandenen Argwohn wieder aufgegeben.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

46. BGH 4 StR 338/07 – Beschluss vom 25. September 2007 (LG Hamburg)

BGHSt; räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Verüben eines Angriffs auf einen Kraftfahrzeugführer: Erlan-

gung der Führerqualität während der Tat, konkludent fortgesetzte Bedrohung; Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs: Vorliegen in Ausnahmefällen); erpresserischer Menschenraub.

§ 316a Abs. 1 StGB; § 239a StGB

1. Zur Anwendbarkeit des § 316a StGB, wenn das Tatopfer zu Beginn des Angriffs noch nicht Führer des Kraftfahrzeuges war. (BGHSt)

2. Nach der Grundsatzentscheidung des Senats vom 20. November 2003 (BGHSt 49, 8 ff.) erfasst der Tatbestand des § 316 a StGB als taugliches Tatopfer nur den Führer oder den Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs. Erforderlich ist, dass das Tatopfer diese Eigenschaft zum Tatzeitpunkt, d.h. bei Verüben des Angriffs, besitzt. (Bearbeiter)

3. Die Anwendbarkeit des § 316 a StGB erfordert nicht, dass das Tatopfer bereits bei Beginn des Angriffs Führer oder Mitfahrer des Kraftfahrzeugs war. Das Tatbestandsmerkmal „Verüben eines Angriffs“ ist auch dann erfüllt, wenn ein Opfer durch einen vor Fahrtantritt begonnenen Angriff zur (Mit-)Fahrt gezwungen wird und der Angriff während der Fahrt fortgesetzt wird. (Bearbeiter)

4. In Fällen, in denen ein vollendeter Angriff auf das Tatopfer bereits außerhalb des Fahrzeugs oder jedenfalls vor Fahrtantritt stattgefunden hat, bedarf das Tatbestandsmerkmal der Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs besonders sorgfältiger Prüfung und wird nur in Ausnahmefällen zu bejahen sein. Zu einem solchen Ausnahmefall der anfänglich nicht uneingeschränkten Kontrolle über den Fahrzeugführer. (Bearbeiter)

55. BGH 4 StR 453/07 – Urteil vom 15. November 2007 (LG Neubrandenburg)

Gefährliche Körperverletzung (das Leben gefährdenden Behandlung); Körperverletzung mit Todesfolge (objektive und individuelle Vorhersehbarkeit bei seltenen medizinischen Vorfällen; spezifischer Gefahrezusammenhang; Kausalität und objektive Zurechnung; minder schwerer Fall).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 227 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 18 StGB; § 15 StGB

1. An dem von § 227 Abs. 1 StGB vorausgesetzten „unmittelbaren“ (Gefahrverwirklichungs-) Zusammenhang zwischen der todesursächlichen Körperverletzungshandlung und dem später eingetretenen Tod des Opfers fehlt es, wenn der tatsächliche Geschehensablauf, der Körperverletzung und Todesfolge miteinander verknüpft, außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit liegt (vgl. BGHSt 7 31, 96, 100; 51, 18, 21 m.w.N.), wie etwa eine Verkettung außergewöhnlicher unglücklicher Zufälle (vgl. BGHSt 31, 96, 100).

2. Dass ein kräftiger Tritt mit der Schuhspitze gegen den Rumpf eines am Boden Liegenden zum Tod des Verletzten führen kann, liegt nicht außerhalb jeder Lebenswahrscheinlichkeit (vgl. BGHR StGB § 226 [a.F.] Todesfolge 9). Ein solcher Geschehensablauf ist, auch wenn es sich bei der konkreten Todesursache um eine „medizinische

Rarität“ handelt, nicht so außergewöhnlich, dass der eingetretene Erfolg deshalb nicht zuzurechnen ist (vgl. BGHSt 31, 96, 100).

3. Dass möglicherweise die Alkoholisierung des Tatopfers und eine Vorschädigung des Herzmuskels für den Todeserfolg mitursächlich waren, steht der Zurechnung ebenfalls nicht entgegen (vgl. BGHSt aaO; BGHR StGB § 226 [a.F.] Todesfolge 12).

4. Soweit § 227 Abs. 1 StGB ferner voraussetzt, dass dem Täter hinsichtlich der Verursachung des Todes wenigstens Fahrlässigkeit vorzuwerfen ist (§ 18 StGB), ist alleiniges Merkmal der Fahrlässigkeit hinsichtlich der qualifizierenden Tatfolge die Vorhersehbarkeit des Todes des Opfers (st. Rspr.; vgl. BGHSt 51, 18, 21 m.N.). Hierfür reicht es aus, dass der Erfolg nicht außerhalb der Lebenswahrscheinlichkeit lag. Ferner ist erforderlich, dass der Eintritt des Todes des Opfers vom Täter in seiner konkreten Lage nach seinen persönlichen Kenntnissen vorhergesehen werden konnte (vgl. BGHSt 51, 18, 21; BGHR StGB § 227 [i.d.F. d. 6. StrRG] Todesfolge 1).

5. Dabei braucht sich die Vorhersehbarkeit aber gerade nicht auf alle Einzelheiten des zum Tode führenden Geschehensablaufs zu erstrecken (vgl. BGHSt aaO; BGHR StGB § 226 [a.F.] Todesfolge 9, 12), insbesondere nicht auf die durch die Körperverletzungshandlung ausgelösten im Einzelnen ohnehin nicht einschätzbaren somatischen Vorgänge, die den Tod schließlich ausgelöst haben (vgl. BGHR aaO). Vielmehr genügt die Vorhersehbarkeit des Erfolges im Allgemeinen (vgl. BGHSt 48, 34, 39).

42. BGH 4 StR 1/07 – Beschluss vom 27. September 2007 (LG Neuruppin)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Unfallprovokation und ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff; Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert: Wertgrenze und bedeutende Gefährdung); Beweiswürdigung (erfolgreiche Verfahrensrüge: mangelnde Auseinandersetzung mit einer Unfallskizze).

§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 261 StPO

1. Auch ein absichtlich herbeigeführter Verkehrsunfall kann einen „ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff“ im Sinne des § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB darstellen (vgl. BGHSt 48, 233).

2. Der Straftatbestand des § 315 b Abs. 1 StGB setzt voraus, dass durch den tatbestandsmäßigen Eingriff Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert gefährdet werden. Dass eine Sache von bedeutendem Wert nur in (wirtschaftlich) unbedeutendem Maße gefährdet wird, reicht hierfür nicht aus; vielmehr muss der konkret drohende Schaden bedeutenden Umfangs sein (vgl. BGH NJW 1990, 194, 195). Für die Berechnung des Gefährdungsschadens kommt es auf die am Marktwert zu messende Wertminderung an (vgl. BGH NStZ 1999, 350, 351). Die Wertgrenze für die Annahme der Gefährdung einer Sache von bedeutendem Wert im Sinne des § 315 b Abs. 1 StGB liegt bei 750 Euro (BGHSt 48, 14, 23).

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

33. BGH 1 StR 442/07 – Urteil vom 20. November 2007 (LG München)

(Schwerer) sexueller Missbrauch von Kindern; sexueller Missbrauch von Jugendlichen (Ausnutzung einer Zwangslage); Anordnung der Sicherungsverwahrung (pflichtgemäßes Ermessen; Folgen langjährigen Strafvollzugs; unzulässige Bewertung des Aussageverhaltens bei der Entscheidung: legitimes Verteidigungsverhalten).

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB; Art. 6 EMRK

1. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll der Tatrichter bei der Sicherungsverwahrung die Möglichkeit haben, sich ungeachtet der festgestellten Gefährlichkeit des Täters zum Zeitpunkt der Urteilsfällung auf die Verhängung einer Freiheitsstrafe zu beschränken, sofern erwartet werden kann, dass sich dieser die Strafe hinreichend zur Warnung dienen lässt. Damit kann der Tatrichter dem Ausnahmecharakter der beiden Vorschriften Rechnung tragen, der sich daraus ergibt, dass Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 - im Gegensatz zu Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 - eine frühere Verurteilung und eine frühere Strafverbüßung des Täters nicht voraussetzen. Die Wirkungen eines langjährigen Strafvollzugs sowie die mit dem Fortschreiten des Lebensalters erfahrungsgemäß eintretenden Haltungsänderungen sind deshalb im Rahmen der § 66 Abs. 2, § 66 Abs. 3 Satz 2 StGB wichtige Kriterien, die nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen der Ermessensentscheidung zu berücksichtigen sind (BGH NStZ 2004, 438 m.w.N.). Es besteht freilich keine Vermutung dafür, dass langjährige Strafverbüßung zu einer Verhaltensänderung führen wird. Die Entscheidung des Tatrichters ist (wie jede Prognose) vom Revisionsgericht nur im begrenzten Umfang nachprüfbar (BGH NStZ 2005, 211, 212).

2. Wenn der Angeklagte etwa erst nach umfangreichen Angaben von Belastungszeugen ein Geständnis abgelegt hat, so handelt es sich um ein zulässiges Verteidigungsverhalten, das auch bei der Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht zum Nachteil des Angeklagten berücksichtigt werden darf (vgl. BGH, Beschl. vom 25. Juni 2002 - 5 StR 202/02 - m.w.N.).

47. BGH 4 StR 358/07 – Beschluss vom 23. Oktober 2007 (LG Bielefeld)

Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus und in der Sicherungsverwahrung (Annahme einer schweren dissozialen Persönlichkeitsstörung und schwere andere seelische Abartigkeit; erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit; Feststellungen für eine angestellte negative Gefährlichkeitsprognose).

§ 63 StGB; § 66 StGB; § 20 StGB

1. Allein die Diagnose „dissoziale Persönlichkeitsstörung“ lässt für sich genommen eine Aussage über die Frage der Schuldfähigkeit eines Täters nicht zu (vgl. BGHSt 44, 338, 342; 49, 45, 52). Selbst die Diagnose einer schweren Persönlichkeitsstörung ist nicht gleichbedeutend mit derjenigen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB. Eine solche Störung kann immer auch als - möglicherweise extreme - Spielart menschlichen Wesens einzuordnen sein, die sich noch innerhalb der Bandbreite des Verhaltens voll schuldfähiger Menschen bewegt (vgl. BGHSt 42, 385, 388; BGHR StGB § 63 Zustand 24).

2. Der sachverständig beratene Tatrichter muss daher prüfen, ob die Persönlichkeitsstörung Symptome aufweist, die in ihrer Gesamtheit das Leben eines Angeklagten vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen stören, belasten oder einengen wie krankhafte seelische Störungen (vgl. BGH NStZ-RR 1999, 77, 78; BGHR StGB § 63 Zustand 34 m.w.N.).

3. Bei der gebotenen normativen Bewertung ist weiter zu beachten, dass auf der Grundlage der Diagnose „dissoziale Persönlichkeitsstörung“ ein so schwer wiegender Eingriff, wie ihn die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darstellt, nur unter engen Voraussetzungen und nur dann gerechtfertigt ist, wenn feststeht, dass der Täter aus einem mehr oder weniger unwiderrstehlichen Zwang heraus gehandelt hat (vgl. BGHSt 42, 385, 388; BGH NStZ-RR 2003, 165, 166; StV 2005, 20; BGHR StGB § 21 Seelische Abartigkeit 36).

71. BGH 5 StR 504/07 – Beschluss vom 3. Dezember 2007 (LG Nürnberg)

Berechnungsdarstellung und Schätzung beim Vorenthalten von Sozialversicherungsabgaben; Erörterungsmängel bei der Bildung der Gesamtfreiheitsstrafe (Bildung einer gesonderten Gesamtgeldstrafe).

§ 266a StGB; § 53 Abs. 2 Satz StGB

Einer ausdrücklichen Darlegung, dass sich der Tatrichter der Möglichkeit der Ermessensausübung gemäß § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB bewusst war, bedarf es nur dann, wenn die Anwendung dieser Ausnahmvorschrift nahe. Dies ist bei Serienstraftaten (vgl. BGH, Beschluss vom 17. April 1996 - 5 StR 93/96) und bei anderen im Wesentlichen gleich gelagerten Taten (vgl. BGH NStZ-RR 2002, 264) regelmäßig nicht der Fall (vgl. BGHR StGB § 53 Abs. 2 Nichteinbeziehung 3). Etwas anderes gilt dann, wenn sich aufgrund besonderer Umstände des Falles eine einheitliche Gesamtfreiheitsstrafe als das schwerere Übel erweist, weil erkennbar erst die Einbeziehung der Geld-

strafen zur Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe führte, deren Höhe keine Strafaussetzung mehr zuließ (vgl. BGHR StGB § 53 Abs. 2 Einbeziehung, nachteilige 6; BGH NStZ-RR 2002, 264; jeweils m.w.N.).

37. BGH 1 StR 518/07 – Beschluss vom 20. November 2007 (LG Landshut)

Sicherungsverfahren und Unterbringung der Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellung der länger andauernden Schuldunfähigkeit, verminderten Schuldfähigkeit; Steuerungsfähigkeit bei „Manikern“; Gefährlichkeitsprognose: Vermeidemöglichkeiten der Opfer, Viktimodogmatik beim Betrug, Subsidiarität).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 263 StGB

Bei der Gefährlichkeitsprognose nach § 63 StGB ist nicht nur darauf abzustellen, ob möglicherweise nur ein eingeschränkter Personenkreis überhaupt geschädigt werden kann, sondern auch darauf, ob diesbezüglich potentiell Geschädigte einem solchen Schadenseintritt vorbeugen können und damit Straftaten letztendlich mit verhindern können. Ob in Betrugsfällen, in denen die Geschädigten selbst durch Unterlassung einer ansonsten üblichen Prüfung der Kontendeckung die Begehung von Straftaten erst ermöglichen, der Bestand der Rechtsordnung und damit auch die öffentliche Sicherheit überhaupt bedroht sind, lässt der Senat offen.

5. BGH 2 StR 449/07 – Beschluss vom 21.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

31. BGH 1 StR 370/07 – Beschluss vom 6. November 2007 (LG Stuttgart)

BGHSt; Anforderungen an die Überzeugungsbildung und ihre Darstellung bei Verurteilung auf Grund eines im Wege einer Verfahrensabsprache geleisteten Geständnisses eines ehemals angeklagten Belastungszeugen (lückenhafte Beweiswürdigung auf Grund einer Verfahrensrüge; Aussagegenese; Deal zu Lasten Dritter und rechtswidrige Absprache); Einlassung des Angeklagten durch eine vorformulierte Erklärung des Verteidigers; Konfrontationsrecht und Fragerecht (unberechtigte Zurückweisung zulässiger Fragen; legitime Erschütterung der Glaubhaftigkeit von Angaben des Geschädigten; Abgrenzung von Bedeutungslosigkeit und der Zugehörigkeit zur Sache nach § 241 Abs. 2 StPO).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 240 StPO; § 241 Abs. 2 StPO

1. Basiert die Verurteilung eines Angeklagten auf Angaben eines Belastungszeugen, die seinem Geständnis in der gegen ihn geführten Hauptverhandlung entsprechen, und war dieses Geständnis Gegenstand einer verfahrensbeendenden Absprache, dann muss die Glaubhaftigkeit

November 2007 (LG Koblenz)

Totschlag (minder schwerer Fall); Strafzumessung (vertyppte Milderungsgründe; geringe Lebenserwartung des Angeklagten; besondere Haftempfindlichkeit).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB; § 23 StGB; § 49 StGB; § 46 StGB

Leidet ein Angeklagter unter einer schweren Erkrankung, die regelmäßig zu einer deutlich herabgesetzten Lebenserwartung führt, kann ihn die Freiheitsstrafe besonders hart treffen und ein Ausgleich der Schuld auch durch eine geringere als die sonst schuldangemessene Strafe erreicht werden (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 3, 7, 13).

16. BGH 3 StR 415/07 – Beschluss vom 13. November 2007 (LG Wuppertal)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Aufhebung und Zurückverweisung; Vollstreckungssituation zur Zeit der ersten tatrichterlichen Verhandlung); Verschlechterungsverbot.

§ 55 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

Bei Aufhebung einer Gesamtstrafe durch das Revisionsgericht und Zurückverweisung an das Tatgericht ist die Gesamtstrafenbildung in der neuen Verhandlung nach Maßgabe der Vollstreckungssituation zum Zeitpunkt der ersten tatrichterlichen Verhandlung vorzunehmen, weil dem Angeklagten ein einmal erlangter Rechtsvorteil nicht genommen werden darf.

der Bekundungen des Zeugen unter Einbeziehung des Zustandekommens und des Inhalts der Absprache in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise gewürdigt werden (Fortführung von BGHSt 48, 161). (BGHSt)

2. Zwar ist ein Geständnis, das aufgrund einer verfahrensbeendenden Absprache abgegeben wurde, nicht von vorneherein unglaubhaft. Dies ist im Grundsatz auch bei einer von den Verteidigern vorformulierten, vom Angeklagten lediglich pauschal übernommenen Erklärung nicht ausgeschlossen. Allerdings bedürfen von Anderen für Angeklagte vorformulierte und von diesen nur summarisch bestätigte Geständnisse generell besonders kritischer Betrachtung hinsichtlich ihrer Substanz, ihrer Übereinstimmung mit dem Ermittlungsergebnis sowie dahingehend, ob sie wirklich als von dem jeweiligen Angeklagten stammend, als von diesem akzeptiert angesehen werden können. Legt der Angeklagte ein Geständnis ab, so soll er dies im Grundsatz mit eigenen Worten tun, gegebenenfalls ergänzend zu der von seinem Verteidiger verlesenen Erklärung. Auch insoweit gilt jedoch der Grundsatz der freien richterlichen Überzeugungsbildung. (Bearbeiter)

3. Das Erschüttern der Glaubhaftigkeit der Angaben eines Belastungszeugen ist legitimes Ziel der Verteidigung. Es ist zulässig und unter Umständen auch geboten, die Quellen der Erkenntnisse eines Zeugen zu erforschen (§ 69 Abs. 2 StPO). Auch darauf abzielende Fragen müssen allerdings geeignet und sachbezogen sein. Eine Frage ist ungeeignet, wenn sie die Ermittlung der Wahrheit nicht oder nicht in rechtlich erlaubter Weise fördert. So kann und soll einer ausufernden Befragung - eventuell gar unter Verstoß gegen die Menschenwürde eines Zeugen - begegnet werden (vgl. Senat BGHSt 48, 372, 373; NJW 2005, 1519, 1520). Ungeeignetheit und fehlende Sachbezogenheit sind jedoch nicht gleichzusetzen mit Bedeutungslosigkeit im Sinne von § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO. (Bearbeiter)

4. Nicht zur Sache gehörig im Sinne von § 241 Abs. 2 StPO sind nur solche Fragen, die sich weder unmittelbar noch mittelbar auf den Gegenstand der Untersuchung beziehen (vgl. BGHSt 2, 284, 287; BGH NStZ 1985, 183, 184). (Bearbeiter)

23. BGH StB 12/07 - Beschluss vom 20. Dezember 2007 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Bildung einer terroristischen Vereinigung; kriminelle Vereinigung (konspirative Arbeitsweise); Strafverfolgungskompetenz des Generalbundesanwalts; besondere Bedeutung des Falles (Beurteilungsspielraum); Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung; Auslegung des Begriffs der Vereinigung (europarechtskonform, europafreundlich; Bestimmtheitsgrundsatz); Garantiefunktion des Strafrechts; Unanfechtbarkeit von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs; gesetzlicher Richter.

§ 129a StGB; § 74a GVG; § 120 GVG, § 142a GVG; § 169 StPO; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

1. Werden Anschläge, die für sich genommen nicht geeignet sind, den Staat im Sinne des § 129a Abs. 2 StGB erheblich zu schädigen, mit dem Fernziel begangen, Gesinnungsgenossen zu eigenständigen Gewalttaten zu mobilisieren, so verleiht dies den Anschlägen nicht die Eignung zur erheblichen Schädigung des Staates. Denn mittelbare Tatfolgen, die sich erst durch eigenständiges Handeln Dritter ergeben könnten, zählen nicht mehr zu den Auswirkungen der Tat und haben daher bei der Prüfung der Schädigungseignung außer Betracht zu bleiben.

2. Die besondere Bedeutung des Falles im Sinne des § 120 Abs. 2 Nr. 1 GVG kann nur dann angenommen werden, wenn es sich bei der Tat unter Beachtung der Zielrichtung der Vereinigung und deren objektiver Gefährlichkeit um ein staatsgefährdendes Delikt von erheblichem Gewicht handelt, welches den Gesamtstaat in einer derart spezifischen Weise angreift, dass ein Einschreiten des Generalbundesanwalts und eine Aburteilung durch ein Gericht geboten ist, das Bundesgerichtsbarkeit ausübt.

3. An die Bejahung einer besonderen Bedeutung des

Falles sind strenge Anforderungen zu stellen, weil durch die Übernahmeerklärung nicht nur der gesetzliche Richter (Art. 101 GG) bestimmt, sondern auch in die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern eingegriffen wird. Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung der Tat- und Schuldschwere, d. h. der Umstände und Auswirkungen der Tat unter besonderer Berücksichtigung des Gewichts des Angriffs auf das jeweils betroffene Rechtsgut des Staates; insgesamt muss der in Frage stehende Fall deutlich aus den Durchschnittsfällen herausragen.

4. Die konspirative Arbeitsweise einer Gruppierung ist für die Beurteilung der besonderen Bedeutung eines Falles ohne Belang, weil es sich um ein typisches Verhalten von Mitgliedern einer kriminellen Vereinigung handelt.

5. Das abgestufte System der Strafbarkeit von Tatvollendung, Versuch und Vorbereitungshandlung darf bei der Bestimmung der Anforderungen an den Vereinigungsbegriff nicht aus dem Blick geraten. Sollen die hieraus folgenden Begrenzungen der Strafbarkeit nicht ihre Wirkung verlieren, so kann nicht jeder Zusammenschluss von Tätern, die Straftaten planen, schon als solcher die Strafbarkeit begründen. Vielmehr kann die Strafbarkeit wegen des Zusammenschlusses nur dann angenommen werden, wenn dieser schon für sich ein strafwürdiges Gefährdungspotential für geschützte Rechtsgüter enthält.

6. Ausnahmen vom Grundsatz der Unanfechtbarkeit von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gelten nach § 305 Abs. 5 StPO nur für Verfügungen des Ermittlungsrichters, wenn sie die Verhaftung, einstweilige Unterbringung, Beschlagnahme oder Durchsuchung betreffen, nicht aber für einen Beschluss des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs, mit dem die Entnahme von Körperzellen sowie deren molekulargenetische Untersuchung angeordnet wird. Denn bei der den Grundsatz der Unanfechtbarkeit durchbrechenden Bestimmung handelt es sich um eine Ausnahmevorschrift, die die Anfechtungsmöglichkeiten abschließend regelt. Sie ist restriktiv auszulegen und einer analogen Anwendung nicht zugänglich.

58. BGH 4 StR 522/07 - Beschluss vom 8. November 2007 (LG Kaiserslautern)

Unzulässige Mathematisierung der Strafzumessung; einschränkende Auslegung der revisionsgerichtlichen Strafzumessungskompetenz; redaktioneller Hinweis.

§ 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

Mit § 354 Abs. 1 a Satz 2 StPO wollte der Gesetzgeber ebenso wie mit Satz 1 der Vorschrift die Kompetenz des Revisionsgerichts bei Mängeln der Rechtsfolgeentscheidung behutsam erweitern. Eine eigene Sachentscheidung des Revisionsgerichts kommt dabei aber regelmäßig dann nicht in Betracht, wenn ihm die tatsächlichen Grundlagen für eine Strafzumessung fehlen (BVerfG StV 2007, 561). Gleiches muss grundsätzlich gelten, wenn dafür eine umfassende neue Gesamtabwägung mit eigener Gewichtung aller maßgeblichen Strafzumessungsge-

sichtspunkte erforderlich ist. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Strafzumessung im angefochtenen Urteil allgemein ein rechtsfehlerhafter Maßstab zu Grunde liegt. In einem solchen Fall hat das Revisionsgericht regelmäßig die gebotene Gesamtabwägung dem Tatrichter zu überlassen (vgl. BVerfG aaO).

29. BGH KRB 59/07 - Beschluss vom 4. Oktober 2007 (OLG Düsseldorf)

BGHSt; Zulässigkeit der Akteneinsicht in Akten eines Nebenbetroffenen (einheitlicher Gesamtkomplex; Geschäftsgeheimnisse; Kartellbußgeldverfahren; Einschränkung der Akteneinsicht durch den Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege).

Art. 6 EMRK; § 46 Abs. 1 OWiG; § 147 Abs. 1 StPO

1. Dem Verteidiger eines Nebenbetroffenen ist Akteneinsicht auch in die Bußgeldakten der anderen Betroffenen und Nebenbetroffenen zu gewähren, wenn diese sich auf einen einheitlichen Gesamtkomplex beziehen und gleichfalls dem Beschwerdegericht vorliegen. (BGHSt)

2. Mögliche Geschäftsgeheimnisse der anderen (Neben-)Betroffenen hindern die Akteneinsicht grundsätzlich nicht. (BGHSt)

3. Gegenüber den Prozessbeteiligten und damit auch gegenüber der Verteidigung darf ein Geschäftsgeheimnis, soweit es für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch Entscheidungserheblichkeit entfalten kann, nicht verschwiegen werden. (Bearbeiter)

4. Der Rechtsanwalt wird als „Organ der Rechtspflege“ seinem Mandanten in diesen Fallgestaltungen nur solche Auskünfte zukommen lassen, die für eine Durchführung einer sachgerechten Verteidigung erforderlich sind (vgl. BVerfG – Kammer – NJW 2007, 1052, 1053). (Bearbeiter)

41. BGH 1 StR 581/07 - Beschluss vom 19. Dezember 2007 (LG Würzburg)

Hinweispflicht bei Mord und Totschlag (Beruhen; Hinweis durch das Revisionsgericht und Umsetzung in einer Haftentscheidung).

§ 265 Abs. 1 StPO; § 212 StGB; § 211 StGB; § 337 StPO

1. Auch wenn § 211 StGB und § 212 StGB trotz des ihnen gemeinsamen Tatbestandes der vorsätzlichen Tötung eines Menschen andere Strafgesetze im Sinne des § 265 Abs. 1 StPO sind, gefährdet es den Bestand eines auf § 212 StGB gestützten Schuldspruchs regelmäßig nicht, wenn bei einem auf § 211 StGB gestützten Anklagevorwurf ein entsprechender Hinweis unterblieben ist (BGH NStZ-RR 1996, 10 m.w.N.).

2. Auch ein Hinweis des Rechtsmittelgerichts kann dem (verteidigten) Angeklagten die in Frage kommende abweichende rechtliche Beurteilung verdeutlichen, so dass er sein Verteidigungsverhalten entsprechend einrichten kann. Dementsprechend erübrigt sich dann regelmäßig ein auf § 265 StPO gestützter Hinweis des anschließend zur Entscheidung berufenen neuen Tatrichters (vgl. BGHSt 22, 29, 31).

3. Zwar gilt ein Hinweis in einer Haftentscheidung nicht als ausreichend, um einen Hinweis gemäß § 265 StPO zu ersetzen (BGHSt 22, 29). Jedoch kann eine Haftentscheidung nicht außer Betracht bleiben, wenn sie einen, wie dargelegt, grundsätzlich für sich allein schon ausreichenden Hinweis des Rechtsmittelgerichts ausdrücklich aufgreift und umsetzt.

39. BGH 1 StR 539/07 - Beschluss vom 21. November 2007 (LG Kempten)

Wesentliche Behinderung der Verteidigung (rechtsmissbräuchlich erhobene Verfahrensrüge; Rechtsmissbrauch bei unvollständigem, irreführendem Tatsachenvortrag).

§ 338 Nr. 8 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Verschweigt ein Rechtsanwalt wesentliche Umstände, die – was ihm bekannt sein musste – zur Beurteilung der Begründetheit der Verfahrensrüge unerlässlich waren, so dass sein unvollständiger Vortrag offensichtlich irreführend ist, ist die erhobene Verfahrensrüge rechtsmissbräuchlich und daher unzulässig.

15. BGH 3 StR 410/07 - Beschluss vom 30. Oktober 2007 (LG Verden)

Öffentlichkeit des Verfahrens (Ausschluss; Gerichtsbeschluss; Anordnung des Vorsitzenden).

§ 174 Abs. 1 Satz 2 GVG; § 338 Nr. 6 StPO

1. Auch wenn derselbe Zeuge in der laufenden Hauptverhandlung nochmals unter Ausschluss der Öffentlichkeit vernommen werden soll, ist nach § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG grundsätzlich ein neuer Gerichtsbeschluss erforderlich.

2. Eine entsprechende Anordnung des Vorsitzenden kann auch dann einen förmlichen Beschluss nicht ersetzen, wenn in der Anordnung auf den vorangegangenen Ausschlussbeschluss Bezug genommen wird.

3. Die Notwendigkeit eines erneuten Gerichtsbeschlusses kann ausnahmsweise entfallen, wenn dem Protokoll zu entnehmen ist, dass die Entlassung des Zeugen sofort zurückgenommen wurde und die für den Ausschlussbeschluss maßgebende Interessenlage fortbestand, sodass sich die zusätzliche Anhörung zusammen mit der vorausgegangenen als eine einheitliche Vernehmung darstellt.

56. BGH 4 StR 481/07 - Beschluss vom 18. Oktober 2007 (LG Paderborn)

Urteilsgründe (geschlossene Darstellung des in der Hauptverhandlung festgestellten Tatgeschehens zu den einzelnen Fällen: Konkretisierung, Individualisierung); ordnungsgemäße Anklageerhebung (Umgrenzungsfunktion; eingeschränkter Fehlermaßstab; Informationsfunktion: Verfahrensrüge); Betrug (schadensgleiche Vermögensgefährdung bei der Eingehung eines Kaufvertrages).

§ 263 StGB; § 199 StPO; § 267 StPO

1. Zwar ist es dem Tatrichter grundsätzlich nicht verwehrt, bei einer Vielzahl von Straftaten, die den selben Tatbestand erfüllen, davon abzusehen, die konkreten

Sachverhalte der Einzeltaten mitzuteilen und diese in einer Liste zusammenzufassen, in der die jeweiligen Betrugstaten nach Tatzeit, -ort, Geschädigten und Betrugsschaden individualisiert werden. Dies gilt, wenn die Taten in allen wesentlichen tatsächlichen Umständen, die den Betrugstatbestand erfüllen, gleich gelagert sind (vgl. BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Sachdarstellung 6). Auch dann müssen die Urteilsgründe aber so abgefasst werden, dass sie erkennen lassen, welche der festgestellten Tatsachen den einzelnen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen zuzuordnen sind und sie ausfüllen können.

2. Eine Vermögensgefährdung geht mit dem Abschluss eines Kaufvertrages dann einher, wenn der Verkäufer einem nicht erfüllungsbereiten oder erfüllungsfähigen Vertragspartner gegenüber vorleistungspflichtig ist (vgl. BGH NStZ 1998, 85).

3. Schwere Mängel des Anklagesatzes, die bei unveränderter Zulassung der Anklage zur Unwirksamkeit des Eröffnungsbeschlusses führen, liegen nur vor, wenn die angeklagten Taten in der Anklageschrift nicht genügend konkretisierbar sind, so dass unklar bleibt, auf welchen konkreten Sachverhalt sich die Anklage bezieht und welchen Umfang die Rechtskraft des daraufhin ergehenden Urteils haben würde (vgl. BGH NStZ 1984, 133; 2006, 649, jew. m.w.N.). Mängel, welche die Informationsfunktion der Anklageschrift berühren, begründen nicht die Unwirksamkeit der Anklage (vgl. BGHSt 40, 44, 45; BGH NStZ 1996, 95) und sind über eine Verfahrensregelung geltend zu machen.

48. BGH 4 StR 386/07 – Urteil vom 29. No-

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

54. BGH 4 StR 435/07 – Urteil vom 15. November 2007 (LG Rostock)

BGHSt; mit sich führen beim bewaffneten unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (einschränkende Auslegung bei mangelnder Beweglichkeit; Selbstschussanlage); Bestimmtheitsgrundsatz (Wortlautgrenze; entgegenstehende teleologische Erwägungen des Gesetzgebers); Grenze der sukzessiven Mittäterschaft (Exzess eines Mittäters). Art. 103 Abs. 2 GG; § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Das Tatbestandsmerkmal „mit sich führen“ in § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG erfasst nur bewegliche Tatmittel, nicht dagegen auch solche, die – etwa in einer Selbstschussanlage – fest installiert sind. (BGHSt)

vember 2007 (LG Paderborn)

Urteilsgründe (erforderliche Feststellungen zu Einzeltaten: Konkretisierung und Individualisierung, bloße Wiederholung des Anklagesatzes); Urkundenfälschung (Identitätstäuschung).

§ 267 StGB; § 261 StGB; § 267 StPO

1. Der Tatrichter hat die Urteilsgründe nach einer vorausgegangenen rechtlichen Subsumtion so abzufassen, dass sie in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise erkennen lassen, welche der festgestellten Tatsachen den einzelnen objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmalen zuzuordnen sind und sie ausfüllen können (BGH, Beschl. v. 13.01.2005 - 3 StR 473/04, BGHR StPO, § 267 Absatz 1 Satz 1, Sachdarstellung 13) und welchen gesetzlichen Tatbestand das Gericht daher für erfüllt angesehen und bei der Bemessung der Rechtsfolgen zugrundegelegt hat. Es kann nicht dem Revisionsgericht überlassen bleiben, anhand eines Abgleichs der Urteilsgründe mit dem Schuldspruch die tatrichterliche Bewertung im Einzelfall zu ermitteln.

2. Insbesondere in der bloßen Wiedergabe der jeweiligen Anklagesätze liegenden Mängel der Sachdarstellung (vgl. dazu auch BGHR StPO § 267 Abs. 1 Satz 1 Sachdarstellung 10) nötigen zur Aufhebung des Urteils nur, soweit sie einer revisionsrechtlichen Überprüfung des jeweiligen Schuldspruchs entgegenstehen.

3. Nur bei einer Identitätstäuschung oder im Fall der unrechtmäßigen Anmaßung der Befugnis, für einen anderen eine Urkunde herzustellen, die als seine Erklärung gelten soll, liegt eine Urkundenfälschung vor.

2. Der Begriff des Mit- oder Beisichführens einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs, wie er gleichbedeutend mit § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG etwa in §§ 177 Abs. 3 Nr. 1, 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB verwendet wird, verlangt, dass der Gegenstand, den der Täter „mit oder bei sich führt“, beweglich ist. (Bearbeiter)

3. In Fällen, in denen der Täter sich einer fest installierten Waffe bedient, kann dieser Umstand im Rahmen der Strafzumessung auch nach § 29 a Abs. 1 BtMG angemessenen Rechnung getragen werden. (Bearbeiter)

65. BGH 5 StR 371/07 – Urteil vom 7. November 2007 (LG Mühlhausen)

Gewerbsmäßige Steuerhehlerei (Absatzhilfe: keine Erfassung der versuchten Zwischenhehlerei; sich ver-

schaffen: eigene Verfügungsmacht; Versuch: unmittelbares Ansetzen: doppelter Geheißerwerb, Ankauf); keine Beihilfe zur Steuerhinterziehung nach Beendigung und Beihilfevorsatz.

§ 374 AO; § 259 StGB; § 22 StGB; § 27 StGB

1. Das Merkmal der Absatzhilfe erfasst nur diejenigen Handlungen, mit denen der Hehler sich an den Absatzbemühungen des Vortäters oder eines Zwischenhehlers in dessen Interesse und auf dessen Weisung unselbständig beteiligt.

2. Nach den allgemeinen Grundsätzen zur Abgrenzung strafloser Vorbereitungshandlungen vom strafbaren Versuch liegt ein unmittelbares Ansetzen bei solchen Gefährdungshandlungen vor, die nach der Tätervorstellung in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder mit ihr in einem unmittelbar räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreitet, es eines weiteren Willensimpulses nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht. Dabei ist im Einzelfall bei der Abgrenzung in wertender Betrachtung auf die strukturellen Besonderheiten der jeweiligen Tatbestände Bedacht zu nehmen (st. Rspr.; vgl. BGHR AO § 373 Versuch 1 m.w.N.).

3. Danach gilt für das Delikt der Steuerhehlerei, dass auch der Eintritt in Kaufverhandlungen ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals des Ankaufs darstellen kann. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn sich die Übergabe der Waren oder Erzeugnisse an den Käufer sofort anschließen kann und

soll, sobald eine Einigung über den Kaufpreis zustande gekommen ist, und die Verhandlung so der Verschaffung der Verfügungsgewalt unmittelbar vorgelagert ist. Wenn aber bei telefonischen Vertragsverhandlungen die Ware nicht unmittelbar an den Käufer übergeben werden kann, scheidet eine unmittelbare Einleitung des Übertragungsaktes jedenfalls solange aus, wie noch keine Einigung über Zeit und Ort der Lieferung erfolgt ist.

4. Auch bei der Beihilfe für eine Strafbarkeit genügt grundsätzlich bedingter Vorsatz. Dieser liegt – in Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit – dann vor, wenn der Gehilfe bei seiner Unterstützungshandlung nach dem ihm bekannten Grad der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts nicht mehr auf dessen Ausbleiben vertrauen kann (BGH StV 1985, 100 m.w.N.).

30. BGH 1 StR 366/07 – Beschluss vom 7. November 2007 (LG Ellwangen)

Konkurrenzen beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit und Tateinheit bei der Einfuhr einer nicht geringen Menge); ne bis in idem (Doppelbestrafungsverbot).

§ 29 BtMG; § 30 BtMG; Art. 103 Abs. 3 GG

Zwar verbindet das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln die im Rahmen ein und desselben Güterumsatzes aufeinanderfolgenden Teilakte - wie Erwerb, Einfuhr, Veräußerung - grundsätzlich zu einer einzigen Tat im Sinne einer Bewertungseinheit (BGHSt 30, 28). Die Einfuhr einer nicht geringen Menge eines Betäubungsmittels steht jedoch mit dem unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge im Verhältnis der Tateinheit, weil diese Einfuhr mit höherer Strafe bedroht ist als das Handeltreiben mit einer nicht geringen Menge (BGHSt 31, 163, 165; 40, 73 ff.).

Aufsätze und Anmerkungen

Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes des Strafverteidigers: Auf dem Weg zu einem „europäischen“ Strafverteidiger?*

Von Rechtsanwalt Prof. Dr. Jörg Arnold, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg sowie Westfälische Wilhelms-Universität Münster

A. Begründung des Themas

Der erste Teil der Überschrift des Themas meines Vortrages erscheint recht komplex und müsste – wenn er nicht eingegrenzt werden würde – beispielsweise dazu führen zu fragen, welchen Gefährdungen und Gefahren ein Strafverteidiger in Ausübung seiner beruflichen

Funktion ausgesetzt ist, was sich in erster Linie auf seine Tätigkeit im Strafprozess zu beziehen hätte.

Gefährdungen und Gefahren, denen sich ein Strafverteidiger im Strafprozess ausgesetzt sieht, beschreiben zu wollen, würde erfordern, die reale Wirklichkeit der Einschränkungen des Rechts auf Verteidigung zu erfassen. Ein Schwerpunkt wäre dabei darauf zu legen, derartige Einschränkungen zu schildern, die in den nationalen

Rechtsordnungen insbesondere beim staatlichen Kampf gegen organisierte Kriminalität und den Terrorismus bestehen. Denn hierin zeigt sich deutlich eine in den letzten Jahren immer stärker werdende internationale – oder besser gesagt – globale Entwicklungslinie des Ausbaus des Strafrechts und Strafprozessrechts zu einem Sicherheits- und Feindstrafrecht, die einhergeht mit einem drastischen Abbau von bürgerlichen Freiheitsrechten und eines rechtsstaatlichen Strafrechts.¹

Dies ließe sich im Einzelnen nachweisen, worüber ich aber jetzt nicht sprechen will, sondern insoweit nur auf die intensive wissenschaftliche Diskussion dazu verweisen möchte, deren *internationale Dimension* in dem kürzlich von *Gropp* und *Sinn* von der Universität Giessen herausgegebenen Band über Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen vor dem Hintergrund des 11. September 2001 gut zum Ausdruck kommt.²

Hinsichtlich des Rechts auf Verteidigung bedeutet die Entwicklungslinie von einem rechtsstaatlichen Straf- und Strafprozessrecht hin zu einem Sicherheits- und Feindstrafrecht nun weniger, dass die gesetzlich garantierten Rechte für den Strafverteidiger etwa legal außer Kraft gesetzt werden würden. Vielmehr ist festzustellen, dass die immer mehr ausufernde staatliche Strafverfolgung, die insbesondere eine Extension vorrangig geheimer polizeilicher Ermittlungsmethoden mit dem Ergebnis sich verwischender Grenzen zwischen Polizeirecht und Strafrecht betrifft, dazu führt, dass die Schere zwischen der Ermittlungstätigkeit der Strafverfolgungsbehörden auf der einen Seite und dem gesetzlich garantierten Schutz des Verdächtigen bzw. Beschuldigten durch Verteidigung auf der anderen Seite immer weiter auseinander klafft.

Für den Strafverteidiger selbst als eine justitielle Institution bringt das einen stetig wachsenden Bedeutungsverlust im System der Strafrechtspflege mit sich, was freilich im Kern einen gravierenden Verlust an Rechten des Verdächtigen und damit in erster Linie des Beschuldigten bedeutet.

Für das Thema Ihrer Tagung: „Der Schutz des Rechtsanwalts in Ausübung seiner beruflichen Funktion im Lichte

* Teile der vorliegenden Publikation wurden am 12. Oktober 2007 in Strassburg auf der Tagung des Verbandes der Europäischen Rechtsanwaltskammern, die unter dem Thema „Der Schutz des Rechtsanwalts in Ausübung seiner beruflichen Funktionen im Lichte der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und der nationalen Gerichte“ stand, vorgetragen. Für wertvolle Diskussionen bei der Entstehung der Publikation danke ich den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern des Max-Planck-Instituts Frau *Julia Macke*, Herrn Dr. *Frank Meyer*, Herrn *Thomas Wahl* sowie Frau *Nike Landsberg*. Dank gebührt auch Herrn Dr. *Karsten Gaede* für seine Anregungen. Darüber hinaus danke ich Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. *Franz Salditt* herzlich für den fruchtbaren Meinungsaustausch, den wir über das Thema schon seit längerer Zeit führen.

¹ Vgl. dazu u. a. nur Institut für Kriminalwissenschaften und Rechtsphilosophie Frankfurt a.M. (Hrsg.), *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, 2007; *Arnold*, HRRS 2006, S. 303 ff.

² *Gropp/Sinn* (Hrsg.), *Organisierte Kriminalität und kriminelle Organisationen*, 2006.

der Rechtsprechung des EGMR und der nationalen Gerichte“ hieße das, zu untersuchen, ob und welcher Einfluss der Rechtsprechung der genannten Gerichte zum Schutz des Strafverteidigers vor seinem zunehmenden Bedeutungsverlust und damit zugleich zum Schutz von Beschuldigtenrechten festgestellt werden kann. Garantie und Stärkung der Beschuldigtenrechte heißt immer auch Stärkung der Stellung des Strafverteidigers wie umgekehrt die Stärkung der Stellung des Verteidigers zu einer besseren Sicherung der Beschuldigtenrechte führt. Dieser Zusammenhang besteht sowohl in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen als auch auf der europäischen Ebene.³

Unabhängig von dem konkreten Tagungsthema berührt die Frage nach einem „europäischen“ Strafverteidiger eine Reihe von Aspekten des weitgefächerten Themas „Strafverteidigung in Europa“⁴, ein Thema, das noch immer und trotz festzustellenden verstärkten Reflexionen in letzter Zeit ein Stiefmütterchensein fristet. Hinsichtlich der gleichwohl anzutreffenden inhaltlichen Diskussionen sind verschiedenen Konstellationen sichtbar. Dabei geht es vor allem darum, Positionen und Rechte der Strafverteidigung und des Strafverteidigers auf dem Weg der Herausbildung eines europäischen Strafrechts und einer europäisierten Strafverfolgung näher zu bestimmen.⁵ Zur Bearbeitung dieser Thematik gehören solche Punkte wie die Analyse des Rechts auf Verteidigung bzw. auf einen Strafverteidiger in den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen,⁶ die europäischen Rahmenbedingungen für die Strafverteidigung⁷ sowie die Strafverteidigung vor internationalen Gerichtshöfen.⁸

³ Vgl. dazu u. a. *Esser*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002; *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007.

⁴ Vgl. *Nitschmann*, GA 2004, S. 655 ff.; *Schünemann*, StV 2006, S. 361 ff. Bereits im Jahre 1990 hat Jung noch heute aktuelle Richtungen zu Überlegungen über „Strafverteidigung in Europa“ aufgezeigt (*Jung*, StV 1990, S. 509 ff.). Stichpunkte sind u. a. Auslieferungsrecht, Strafrechtsangleichung, unterschiedliche Strukturen der einzelnen Prozessrechtsordnungen, Europäisierung des Straf- und Strafprozessrechts sowie Menschenrechtsschutz durch Straf- und Strafprozessrecht insbesondere auf der Grundlage der EMRK (*Jung*, ebenda).

⁵ *Nitschmann*, GA 2004, S. 655 ff. (655).

⁶ Vgl. *Weigend*, in: *Nelles/Vormbaum* (Hrsg.), *Strafverteidigung in Forschung und Praxis. Kriminalwissenschaftliches Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstages von Jürgen Welp*, 2006, S. 11 ff.

⁷ Vgl. u. a. *Esser*, ZEuS 2004, S. 289 ff.; *Nitschmann*, GA 2004, S. 655 ff. (662 ff.); *Pfützner*, ZStW 116 (2004), S. 827 ff.; *Jung/Nitschmann/Radtke*, GA 2003, S. 383 ff. (387 ff.); *Jung*, StV 1990, S. 509 ff.

⁸ Vgl. u. a. *Rohde/Toufar*, in: *Kirsch* (Hrsg.), *Internationale Strafgerichtshöfe*, 2005, S. 89 ff.; *Kirsch*, in: *Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen* (Hrsg.), *Internationalisierung des Strafrechts. Fortschritt oder Verlust an Rechtsstaatlichkeit?* Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, Bd. 27, 2004, S. 187 ff.

I. Ausgangspunkte zur Verteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren

Zurück kommend auf das Tagungsthema sind für Überlegungen zur Verbesserung des Schutzes des Strafverteidigers in einem europäischen Kontext – und darauf bezieht sich die Einschränkung des Themas durch den zweiten Teil der Überschrift meines Referats – zunächst vor allem strukturelle Gesichtspunkte sowie solche der Verfahrenswirklichkeit zu beachten. Insbesondere lässt sich nicht darüber hinwegsehen, dass die bisherigen Institutionen der europäischen Strafrechtspflege in erster Linie im Bereich der *Strafverfolgung* anzutreffen sind. Dabei haben wir es mit einem ganzen Geflecht von Institutionen europäischer Strafverfolgung zu tun.⁹

Mit dem Europäischen Polizeiamt „Europol“, der zentralen Europäischen Stelle für justitielle Zusammenarbeit „Eurojust“; ferner mit dem als weisungsunabhängige Dienststelle der Kommission agierenden Europäischen Amt für Betrugsbekämpfung „OLAF“.¹⁰ Diskutiert wird darüber, eine Europäische Staatsanwaltschaft zu etablieren;¹¹ der Entwurf für deren gesetzlichen Voraussetzungen liegt vor und bestimmte Grundzüge sind in den Entwurf des EU-Reformvertrages übernommen worden (Art. 69 i). Schon heute relevant sind das Europäische Justitielle Netz (EJN) sowie Verbindungsrichter und –staatsanwälte.¹²

Diese Einrichtungen werden virulent im Zusammenhang mit einer neuen europäischen Verfahrenswirklichkeit. Fast erscheint es in diesem Zusammenhang zu trivial darauf hinzuweisen, dass Strafverfolgung schon lange nicht mehr an nationalen Grenzen halt macht und dies logisch und konsequent erscheint. Denn die Globalisierung der ökonomischen Verhältnisse und der Kommunikation erfasst nach und nach alle Lebensbereiche, was zu der als selbstverständlich angenommenen Fragestellung führt, warum Staaten, die miteinander wirtschaftliche und militärische Abkommen abschließen und sich dabei mehr oder weniger vertrauen, beispielsweise nicht auch den Rechtshilfe- und Auslieferungsverkehr, oder die Strafverfolgung über nationale Grenzen hinweg intensivieren sollen.¹³ Straftäter orientierten sich zunehmend

international, planen und begehen ihre Taten in mehr als einem Land und suchen Zuflucht auf der ganzen Welt. Gerade für die Verfolgung transnationaler organisierter Kriminalität wird dabei von den Staaten versucht, mit einem hohen Maß an Effektivität grenzüberschreitender Strafverfolgung darauf zu reagieren, dass Straftäter sich dank der europäischen Grundfreiheiten innerhalb Europas ohne Schwierigkeiten bewegen.¹⁴

Die im Hinblick auf das Strafprozessrecht erwähnte Bestandsaufnahme des Abbaus von Beschuldigtenrechten, von Garantien und schützenden Formen wird bedeutsam auch bei grenzüberschreitender Strafverfolgung. Auch hier wird zunächst verstärkt auf präventiv wirkende Maßnahmen im Vorfeld des Tatverdachts gesetzt, insbesondere auf heimliche informationstechnische Eingriffs- und Überwachungsmaßnahmen, die Gespräche, Telefonate, Computerdaten, Aufenthaltsorte und Konten der Bürger ermitteln und zahlreiche über sie gespeicherte Daten zusammenführen. Das dahinter stehende Konzept ist das der „Vorsorge für die Strafverfolgung“ mit der einhergehenden Vermischung von Prävention und Repression.¹⁵ Darüber hinaus – so wird weiter zu Recht moniert – erfolge im Strafprozessrecht ein Abbau von Garantien und schützenden Formen.¹⁶ Dieser Gesichtspunkt ist bei der hier zu behandelnden Thematik insbesondere vor dem Hintergrund der Strafverfolgung in Europa von Relevanz, wobei sich nicht zuletzt die Frage stellt, welche Rolle dabei die Strafverfolgungsinstitutionen auf EU-Ebene spielen. Darauf werde ich zurückkommen. Zunächst will ich auf seit geraumer Zeit anzutreffende Überlegungen eingehen, die sich mit der Strafverteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren befassen.

1. Reale Probleme der Verteidigung

Die Erörterungen der Verteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren finden angesichts realer Probleme statt, denen sich die nationalen Strafverteidiger in derartigen Strafverfahren ausgesetzt sehen, wobei hervorgehoben wird, dass sie allein und auf sich gestellt kaum in der Lage sind, die Probleme für ihren Mandanten zu lösen.

Diese Probleme sind vielfältig, und nur eine kleine Auswahl davon kann hier wiedergegeben werden:¹⁷

⁹ Vgl. dazu *Kretschmer*, Jura 2007, S. 169 ff.

¹⁰ Vgl. zum Ganzen *Satzger*, Internationales und Europäisches Strafrecht, 2005, S. 131 ff.; *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, S. 452 ff.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2007, 2. Aufl., S. 193 ff.

¹¹ Vgl. kritisch dazu u.a. *Ambos*, Internationales Strafrecht, 2006, S. 470 ff.; *Sommer*, Anwaltsblatt 2003, S. 61-65; *Kempf*, Strafverteidiger 2003, S. 128 ff.; *Radtke*, GA 2004, S. 1 ff.

¹² Vgl. dazu *Kühne*, Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts, 7. völlig neu bearb. und erweiterte Auflage, 2007, S. 55 ff.

¹³ Symptomatisch dafür ist die von *Delmas-Marty* formulierte Intention, „auf den Aberwitz zu reagieren“, „der darin besteht, die Grenzen auch für Kriminelle zu öffnen, sie aber für die Strafverfolgungsbehörden geschlossen zu halten und so zu riskieren, dass unsere Länder zu einem wahren Paradies für Kriminelle verkommen.“ [*Delmas-Marty*, in:

Delmas-Marty (Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, 1998, S. 28.

¹⁴ Vgl. *Sieber*, in: *Delmas-Marty* (Hrsg.), Corpus Juris der strafrechtlichen Regelungen zum Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Union, 1998, S. 2 f.; *Delmas-Marty* (Hrsg.), ebenda, S. 28; *Hecker*, Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2007, S. 18 ff.

¹⁵ Vgl. zu dieser gesamten materiellrechtlichen und prozessrechtlichen Bestandsaufnahme *Sieber*, ZStW 119 (2007), S. 1 ff. (29).

¹⁶ *Sieber*, ebenda, S. 30. Vgl. auch die grundlegende Kritik bei *Nestler*, in: *Schünemann* (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 166 ff.

¹⁷ Vgl. *Salditt*, StV 2003, S. 136 f.; vgl. dazu demnächst *Ahlbrecht/Böhm/Esser* u.a., Verteidigung in internationalen Strafsachen (im Erscheinen 2008).

- An wen richtet der Rechtsanwalt seine Beschwerde, wenn es zu Rechtsverletzungen kommt?
- Wie lässt sich eine Doppel- oder Mehrfachverteidigung organisieren, wenn der Beklagte in mehreren Mitgliedsstaaten einen Rechtsanwalt bräuchte?
- Woher bekommt man die finanziellen Mittel für Prozesskostenhilfe?
- Wie löst man Sprachprobleme und die Kostenfrage bei Inanspruchnahme von Übersetzern bzw. Dolmetschern in einem anderen Mitgliedsstaat?

Neben diesen bedeutsamen, aber vor allem organisatorischen Problemen wird auf beträchtliche inhaltliche Konstellationen hingewiesen, wie die der Zulässigkeit von unterschiedlichen Beweiserhebungen, ferner auf das Problem der gegenseitigen Anerkennung von justitiellen Entscheidungen (etwa des europäischen Haftbefehls), oder auch auf die Frage nach der Anwendbarkeit unterschiedlichen materiellen Strafrechts.¹⁸

Herausgestellt wird, dass es im Grunde immer der Mandant selbst ist, der ohne professionelle Hilfe im transnationalen Strafverfahren derartigen Situationen quasi ohnmächtig gegenüber steht und deshalb im sogenannten einheitlichen europäischen Raum Gefahr läuft, durch das Netz zu fallen.¹⁹

2. Fehlende Gesamtbalance und fehlende „Waffengleichheit“

Ein weiterer Gesichtspunkt bei den anzutreffenden Überlegungen zur Funktion des Strafverteidigers in transnationalen europäischen Strafverfahren wird in dem Kontext einer fehlenden Gesamtbalance in derartigen Strafverfahren bzw. der fehlenden „Waffengleichheit“ gesehen.²⁰ Wollte man diesem Zusammenhang nahe treten, könnte dafür das Ungleichgewicht zwischen den europäischen Strafverfolgungsbehörden auf der einen Seite und einer fehlenden europäischen Strafverteidigungsbehörde auf der anderen Seite problematisiert werden.

Dies lässt sich vielleicht am ehesten mit der Vorstellung von dem Bild der Waage der Justitia verdeutlichen. Verstünde man das Gleichgewicht dieser Waage auch als ein Symbol für Verfahrensgerechtigkeit und für ein faires Verfahren überhaupt, so wäre es naheliegend, im Hinblick auf die europäische Strafverfolgung zu konstatieren, dass wir es dabei gegenwärtig mit einem gravierenden Ungleichgewicht zu tun haben. Wenn auf einer Waagschale das Geflecht der europäischen Strafverfolgungsbehörden Platz gefunden hat, befindet sich auf der anderen Waagschale kein Gegenstück einer institutionalisierten

¹⁸ Vgl. Salditt, StV 2003, S. 136 f.

¹⁹ Salditt, StV 2003, S. 136 f. (137).

²⁰ Vgl. Schünemann, in: Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 93 ff. (105 f.).

europäischen Strafverteidigung bzw. eines institutionalisierten „europäischen“ Strafverteidigers.

II. Der Begriff „europäischer Strafverteidiger“

Ich muss vorausschicken, dass der Begriff „europäischer Strafverteidiger“ nicht unproblematisch ist, jedenfalls erfordert er eine nähere Bestimmung. Diese lässt sich aber zunächst wohl nur in einer Antwort darauf suchen, was darunter *nicht* zu verstehen ist.

Mit dem Begriff „europäischer Strafverteidiger“ wird nicht so sehr ein Thema berührt, dass als „europäisierter“ Strafverteidiger bezeichnet werden könnte. Der „europäisierte“ Strafverteidiger stünde in einem engen Zusammenhang mit dem Terminus „Europäisiertes Strafrecht“. Dieser wiederum bezieht sich auf „nationales Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht“. Mit ihm wird danach gefragt, ob das Strafrecht der Mitgliedsstaaten durch europäisches Recht in seiner Ausgestaltung und Anwendung beeinflusst wird.

Bei Überlegungen für einen „europäisierten“ Strafverteidiger wären die Untersuchungen demzufolge vor allem darauf zu richten, ob und inwieweit sich Europäisches Strafverfahrensrecht auf die Rolle und Stellung des Strafverteidigers in den nationalen Strafprozessordnungen auswirkt. Das beträfe vor allem die Untersuchung der entsprechenden Einflüsse der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das jeweilige nationale Strafverfahrensrecht, wobei hierzu die Erörterungen über einheitliche *europäische Mindeststandards der Strafverteidigung* gehören.²¹

Im Rahmen der Europäisierung des Rechts auf Verteidigung erfolgte ein wichtiger Schritt auf dem Weg zu einer öffentlichen europäischen Diskussion über das Recht auf einen Strafverteidiger unter europäisierten Bedingungen durch das *Grünbuch der Kommission vom 19.2.2003 über Verfahrensgarantien innerhalb der Europäischen Union*,²² fortgeführt durch den Kommissionsvorschlag für einen *Rahmenbeschluss des Rates der EU vom 28.4.2004*.²³

²¹ Vgl. zu Arbeitsdefinitionen von Standards in Strafverfahren und gemeinsamen Standards Vogel, Erste Schritte zur Realisierung gemeinsamer Standards für Strafverfahren in der Europäischen Union – Kurzreferat aus Sicht der Wissenschaft (unveröfftl. Manuskript des Vortrages auf dem internationalen Symposium des Bundesministeriums der Justiz am 20. Februar 2007), S. 2; Vogel/ Matt, StV 2007, S. 206 ff.

²² KOM (2003), 75 endgültig.

²³ KOM (2004), 328 endgültig.

Ich möchte die dazu stattgefundene Diskussion²⁴ hier vor allem deswegen nicht aufgreifen, sondern nur darauf verweisen, weil die Situation gegenwärtig dadurch gekennzeichnet ist, dass der *Europäische Rat* auf seiner *Tagung vom 12. und 13. Juni 2007* den Vorschlag für einen Rahmenbeschluss des Rates über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren innerhalb der Europäischen Union für gescheitert erklärt hat.²⁵

Der zweite Aspekt der Europäisierung der Strafverteidigung besteht in einem Rechtsvergleich der nationalen Strafprozessordnungen. Ein solcher Rechtsvergleich erstreckt sich insbesondere auf das jeweilige Vorverfahren, da gerade hierin markante Schwachstellen des

Rechts auf Verteidigung liegen. Aufgrund der vorliegenden jüngsten Untersuchung zum Recht auf Verteidigung in nationalen Prozessordnungen durch *Weigend* u.a.²⁶ von der Universität Köln will ich auch diesen Aspekt hier nur erwähnen, allerdings nicht ohne das Gesamtergebnis zu nennen. Dieses besteht darin, dass hinsichtlich der in die Untersuchung einbezogenen Länder England, Wales, USA, Niederlande, Spanien, Italien und Polen nur sehr wenige weitgehend übereinstimmende Grundlinien festgestellt werden konnten.²⁷ Dabei sind freilich unterschiedliche Verfahrensstrukturen zu beachten,²⁸ so auf der einen Seite das inquisitorische System (Niederlande, Spanien, Polen), auf der anderen Seite das adversatorische Verfahren (England, USA), und schließlich Mischformen (Italien), die sich nicht mehr eindeutig dem einen oder anderen Strukturtyp zuordnen lassen, sondern gewisse Elemente beider Systeme miteinander verbinden. Es wird bei weiteren Forschungen darauf zu achten sein, in welcher Weise diese unterschiedlichen Systeme das Recht auf einen Strafverteidiger repräsentieren und welche Schlussfolgerungen für eine weitere Europäisierung dieses Rechts zu ziehen sind.²⁹

Nach dieser Abschichtung des Begriffs des europäisierten Strafrechts und des europäisierten Strafverteidigers von dem Begriff des „europäischen“ Strafverteidigers bleibt festzuhalten, dass letzterer seine Begründung zunächst durch die Gegenüberstellung von europäischen Strafverfolgungsbehörden und europäischer Strafverteidigung auf der Waage der Verfahrensgerechtigkeit im Kontext mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens findet.

Allerdings ist die europäische Strafverteidigung weniger „europäisch“ als die Strafverfolgungsbehörden, und zwar weniger in dem Sinn, dass die europäischen Strafverfolgungsbehörden nicht nur im europäischen Raum *agieren*, sondern im Gegensatz zu den Verteidigern in transnationalen Strafverfahren auch Institutionen der EU sind. Ob und welcher institutionelle Charakter einer europäischen

²⁴ Am wichtigsten erscheint die durch das Grünbuch angestoßene Diskussion, die Mindestschutzgarantien für die Rechte des Einzelnen als erforderliches Gegengewicht zu den Befugnissen der Staatsanwaltschaft, der Gerichte und der Ermittlungsbeamten, die durch die europäische justizielle Zusammenarbeit gestärkt worden sind, zu sichern [KOM (2003), 75, endg., S. 9 – Ziff. 1.4.]. Diese Diskussion ist vor allem deswegen bedeutsam, weil sie zu einer wissenschaftlichen substantiellen wie auch berechtigten Auseinandersetzung mit den Mindeststandards geführt hat. So spricht *Schünemann* von einem „Kompendium bloßer Einzelgarantien“ [*Schünemann*, ZStW 116 (2004), S. 376 ff. (381 – Fn. 23 m.w.N.)], das nicht in der Lage sei, eine rechtsstaatliche Gesamtbalance zwischen Verfolgungs- und Verteidigungsmöglichkeiten herzustellen [*Schünemann*, StV 2003, S. 344 ff. (349)]. In diesem Sinne äußert sich auch *Braum*, der einschätzt, dass das Grünbuch den gesamteuropäischen Standard gesamteuropäischer Strafrechtsprinzipien weit verfehle und den Inhalt strafprozessualer Prinzipien in Europa missverstehe [*Braum*, StV 2003, S. 576 ff. (576)]. *Vogel* und *Matt* sehen demgegenüber in dem Grünbuch vor allem einen Impuls für die notwendige Weiterentwicklung und Kodifizierung von Mindeststandards für Strafverfahren in der EU aus Völkerrecht sowie für Strafverfahren in der EU aus europäischem Gemeinschafts- und Unionsrecht [*Vogel/Matt*, StV 2007, S. 206 ff.]. Zu dem Gesichtspunkt, dass die oftmals völlig neuartigen Fragestellungen eines gemischt national-europäischen Strafverfahrens bei einem wirksam verstandenen Grund- und Menschenrechtsschutzes dazu führen können, neue Ausprägung der garantierten Verteidigungsrechte anzuerkennen, vgl. *Gaede* ZStW 115 (2003), 845, 858 ff.; 867 ff., *ders.*, Fairness als Teilhabe, S. 89 ff., 1115 f., 487 ff., 928 f.

²⁵ Der Rat habe kein Einvernehmen über dieses Dossier erzielen können, und dies, obwohl er sich auf seiner Tagung vom 1. und 2. Juni 2006 auf die Grundsätze für die weiteren Beratungen über diesen Vorschlag verständigt und festgelegt hatte, dass der Anwendungsbereich des vorgeschlagenen Rahmenbeschlusses auf das Recht auf Information, das Recht auf Rechtsbeistand, das Recht auf unentgeltlichen Rechtsbeistand, das Recht auf einen Dolmetscher und das Recht auf Übersetzung der Verfahrensdokumente beschränkt werden soll. Auf seiner Tagung vom 19. April 2007 hatte der Rat abschließend festgehalten, dass die betreffenden Arbeiten mit dem Ziel fortgesetzt werden sollten, auf der Tagung im Juni 2007 zu einem Konsens über den Anwendungsbereich des Rechtsakts zu gelangen. Das Scheitern dieses Vorhabens wird mit folgendem Satz festgestellt: „In der Frage, ob die Union dafür zuständig ist, Rechtsvorschriften zu rein innerstaatlichen Verfahren zu erlassen (mindestens 21 Delegationen sind dieser Auffassung), oder ob diese Rechtsvorschriften einzig und allein für grenzüberschreitende Fälle gelten sollten, gehen die Auffassungen grundlegend auseinander.“ [Mitteilung an die Presse über die 2807. Tagung des Rates am 12. und 13. Juni 2007 (1026/07 – Presse 125), S. 37]

²⁶ *Weigend*, in: Nelles/Vormbaum (Hrsg.), Strafverteidigung in Forschung und Praxis, 2006, S. 11 ff.

²⁷ Ich danke Herrn Kollegen Professor *Weigend* herzlich dafür, dass er mir für die Überlegungen zu unserem Projekt wertvolle Informationen über das Ergebnis seines rechtsvergleichenden Projekts zur Verfügung gestellt hat.

²⁸ Vgl. zu den unterschiedlichen Prozessrechtssystemen *Eser*, in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Strafverteidigung unter neuen Rahmenbedingungen. 19. Strafverteidigertag vom 24. – 26. März 1995 in Freiburg, 1996, S. 59 ff. (60); *ders.*, in: *Kroeschell/Cordes* (Hrsg.), Vom nationalen zum transnationalen Recht, 1995, S. 161-181 (171 ff.).

²⁹ Für das inquisitorische Rechtssystem macht *Eser* darauf aufmerksam, dass sich der Schwerpunkt der klassischen Aufgaben der Ermittlungsorgane praktisch immer weiter nach vorne verlagert, was dazu führt, dass in der frühen Phase polizeilicher Ermittlungen die Verfahrensgarantien entweder sehr dürftig oder überhaupt nicht geregelt sind. Hinsichtlich der damit verbleibenden Alternative, sich entweder dieser vorverlagernden Praxis entgegenzustellen oder sie in rechtsstaatlich erträglicher Weise zu kanalisieren, weist *Eser* auf einige Rechtentwicklungen in anderen Ländern hin, mit denen die Verteidigungsrechte von der ersten förmlichen Ermittlungshandlung gegen den Verdächtigen an beträchtlich verstärken werden sollen (*Eser*, in: Organisationsbüro der Strafverteidigervereinigungen [Hrsg.], S. 59 ff. [65 ff.]).

Strafverteidigung etwa durch einen „europäischen“ Strafverteidiger zukommen muss, ist eine Frage, die es erst noch zu beantworten gilt, obwohl einige der bereits unterbreiteten Vorschläge in die Richtung einer bejahenden Antwort weisen.

In Bezug auf die Wörter „Strafverteidigung“ und „Strafverteidiger“ gehe ich von dem schon im 19. Jahrhundert erwähnten Zusammenhang und berühmt gewordenen Ausspruch aus, dass die Geschichte des Strafprozesses die Geschichte der Verteidigung ist und die Geschichte der Verteidigung weitgehend die Geschichte der Rechtsstellung des Verteidigers.³⁰ Das bedeutet einerseits, dass zwangsläufig eine gewisse synonyme Verwendung beider Begriffe nicht zu vermeiden ist, andererseits aber auch beachtet werden muss, dass der Strafverteidiger innerhalb des Begriffes „Strafverteidigung“ seine eigene Berechtigung hat und der Fokus bei den von mir vorzustellenden Forschungsperspektiven in erster Linie genau darauf liegt.

Nach dieser etwas längeren Einführung, die ich Ihnen gewissermaßen als notwendiges Vorverständnis meinte unterbreiten zu sollen, wende ich mich im Folgenden einigen bereits vorliegenden Überlegungen zur Rolle der Strafverteidigung und des Strafverteidigers in transnationalen europäischen Strafverfahren zu.

B. Bisherige Vorschläge zu einer europäischen Strafverteidigung

Vorschläge zur Stärkung der Verteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren werden in der letzten Zeit verstärkt diskutiert, ohne dass man allerdings davon sprechen kann, dass das Für- und Wider der unterbreiteten Vorschläge schon ausreichend beleuchtet worden sei.

I. Eurodefensor

In einem Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung aus dem Jahre 2004, dessen Herausgeber *Schünemann* ist, wird ein sogenannter EURODEFENSOR vorgeschlagen.³¹ Dieser Vorschlag erfolgte vor dem Hintergrund der Position, dass es bei der zunehmenden Europäisierung der Strafverfahren zu einer Verschiebung der Gesamtbalance komme.

Auch die Erwägungen des Grünbuchs über die Verfahrensgarantien – von denen ich bereits gesprochen hatte – würden hier keine ausreichende Abhilfe erwarten lassen, weil sie nur auf punktuelle Verbesserungen gerichtet seien, ohne die Verschiebung der Gesamtbalance auszugleichen. Durch die auf europäischer Ebene zu schaffende neue Institution Eurodefensor solle ein Gegengewicht geschaffen werden, um damit die Gesamtbalance im europaweiten Strafverfahren wieder herzustellen.

Nach den Vorstellungen der Autoren des Alternativentwurfes soll es sich bei dieser Institution ebenso um eine zentrale Institution handeln wie bei Eurojust oder dem Europäischen Staatsanwalt, wobei die Finanzierung von der EU zu leisten sei; die eigentlichen Träger müssten aber die nationalen Rechtsanwalts- oder Strafverteidigerorganisationen sein, seitens Deutschlands beispielsweise die Bundesrechtsanwaltskammer.³²

Eurodefensor soll über zahlreiche Mitarbeiter und Niederlassungen in den einzelnen Mitgliedsstaaten verfügen. Es handle sich bei Eurodefensor im Grunde um eine Zwillingseinstitution, die in Gestalt der „Protoverteidigung“ ein Vorbild in der in Österreich realisierten Figur des Rechtsschutzbeauftragten besitze,³³ während sie als Serviceeinrichtung beispielsweise Auskünfte über ausländisches Recht erteile, Kontakte zu ausländischen Strafverteidigern vermittele oder auch schlicht mit einer finanziellen Unterstützung eingreife, wenn die nationalen Regelungen über die Pflichtverteidigung den spezifischen Bedürfnissen einer transnationalen Verteidigung nicht gerecht werde.³⁴

Eurodefensor habe den Auftrag, in Strafverfahren wegen schwerer grenzüberschreitender Kriminalität die Verteidigung zu unterstützen und zu verstärken. Zu dessen Aufgaben gehöre es im Einzelnen insbesondere:

- die Herstellung und Vermittlung von Kontakten der Verteidigung
- die Koordination der Verteidigung, bei der mehrere Verteidiger in verschiedenen Staaten beteiligt sind;
- die Bereitstellung von Informationen und Dokumenten für die Verteidigung
- die finanzielle Unterstützung der Verteidigung, wenn dafür aus der Sicht von Eurodefensor eine Notwendigkeit besteht
- die Beauftragung von Ombudsmännern in einem konkreten Strafverfahren, bis der Beschuldigte durch einen Verteidiger seines Vertrauens vertreten wird.³⁵

³² *Schünemann*, ZStW 116 (2004), S. 376 ff. (389).

³³ Vgl. dazu §§ 146, 147 des österr. Strafprozessreformgesetzes, BGBl. I für die Republ. Österreich vom 23. März 2004, Nr. 19. Danach wird der Rechtsschutzbeauftragte durch den Minister für Justiz bestellt. Der Rechtsschutzbeauftragte ist in Ausübung seines Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden. Ihm obliegt die Prüfung und Kontrolle der Anordnung, Genehmigung, Bewilligung und Durchführung bestimmter Ermittlungsmaßnahmen, wie u.a. einer verdeckten Ermittlung, einer optischen oder akustischen Überwachung von Personen, eines automatisierten Datenabgleichs sowie der Überwachung von Nachrichten von Personen.

³⁴ *Schünemann*, StV 2006, S. 361 ff. (367 f.).

³⁵ Vgl. insoweit auch zum unabhängig von der Europäisierung diskutierten Institut des „special counsel“ *Gaede*, StV 2006, 599, 602 ff.; ders., Fairness als Teilhabe, S. 600 f., 796.

³⁰ *Glaser*, Handbuch des Strafprozesses, Bd. 2, 1885, S. 223; zit. nach *Beulke*, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980, S. 23.

³¹ *Schünemann*, Alternativentwurf Europäische Strafverfolgung, 2004; ders., ZStW 116 (2004), S. 376 ff.

Der Ombudsmann hat bei grenzüberschreitenden Ermittlungen das Recht, vor der Anordnung von Zwangsmaßnahmen von den Gerichten (oder von anderen für die Anordnung von Zwangsmaßnahmen nach nationalem Recht zuständigen Justizorganen) angehört zu werden. Seine Beteiligung dient dem Zweck, dass die Argumente vorgebracht werden, die gegen die Anordnung der Zwangsmaßnahmen sprechen. Weiterhin hat der Ombudsmann das Recht, an Zeugen- oder Beschuldigtenvernehmungen wie ein Verteidiger teilzunehmen.³⁶

Im Entwurf einer Regelung transnationaler Strafverfahren in der Europäischen Union aus dem Jahre 2006 hat der Eurodefensor konkrete Ausgestaltungen erfahren.³⁷

II. Ombudsperson

Von einer Ombudsperson spricht auch der Rat der Anwaltschaften und Anwaltskammern in Europa (Council of Bars and Law Societies of Europe – CCBE). Während im „Modell Schünemann“ der Ombudsmann jedoch auf Initiative von der Körperschaft Eurodefensor in den umschriebenen Fällen eingesetzt wird, rückt die Ombudsperson im Modell der CCBE bereits an die Stelle von Eurodefensor und agiert als konkrete Person mit einem Mitarbeiterstab.

Die Ombudsperson soll von den Bürgern und Anwälten in den einzelnen Mitgliedsstaaten angerufen werden können. In diesem Zusammenhang werden der Ombudsperson koordinierende und beobachtende Funktionen eingeräumt, die mit der Befugnis, mit Europol und Eurojust Verbindung aufzunehmen, einhergeht. Die Ombudsperson soll im Wechsel der Mitgliedsstaaten durch die jeweilige nationale Anwaltsorganisation für eine Amtsdauer von je 12 Monaten benannt werden. Es ist vorgesehen, dass die Besetzung im Jahresturnus wechselt. So soll gewährleistet werden, dass die Anwaltschaften aller Mitgliedsstaaten zum Zuge kommen und mit den Notwendigkeiten und mit dem Funktionieren der grenzüberschreitenden Strafverfahren vertraut werden.

Eine besondere Aufgabe der Ombudsperson soll darin bestehen, vermittelnd dafür Sorge zu tragen, dass in den jeweils betroffenen Staaten so schnell wie möglich eine funktionsfähige Verteidigung organisiert wird, die zur Zusammenarbeit in der Lage ist und deren Finanzierung in den betroffenen Staaten abgestimmt stattfindet.³⁸

III. Pro und Contra

Anhand der Vorschläge der CCBE wird deutlich, dass ein weiterer wichtiger Unterschied zu dem Modell von Schünemann darin besteht, dass die Ombudsperson von CCBE nicht selbst in konkreten Mandaten tätig wird, sondern allein die koordinierende, unterstützende und vermittelnde Funktion wahrnimmt, also gewissermaßen die

Anlaufstelle für Verteidigungsfragen in europäischen transnationalen Strafverfahren darstellt.

Aufgrund fehlender Praxis ist es freilich verfrüht, Vor- und Nachteile dieser beiden Modelle diskutieren zu wollen. Es scheint aber auf der Hand zu liegen, dass das Modell der CCBE jedenfalls in der Umsetzung realistischer ist als das von Schünemann.

Die Verfechter der dargestellten Modelle halten sich mit gegenseitiger Kritik nicht zurück und schätzen den jeweils anderen Vorschlag als wirkungslos ein.

Die hauptsächlichsten Kritikpunkte an dem Vorschlag eines Criminal Law Ombudsmannes bestehen darin, dass die Institution des Ombudsmannes vom CCBE selbst vollständig kontrolliert und mit eigenen Vertretern besetzt werden solle. Es handele sich – so die Kritiker weiter – um einen typischen Ombudsmann als Bürgerbeauftragter, der Beschwerden entgegennimmt und im konkreten Fall gegenüber den Europäischen Institutionen Missstände aufzeigt. Ein Ombudsmann, ausgestattet mit einem Büro und einigen wenigen Mitarbeitern sei keine Institution, die auch nur annähernd ein adäquates Gegengewicht zu der strukturellen wie organisatorischen Übermacht transnationaler Strafverfolgungsbehörden herstellen könne, weshalb dadurch eine effektive Verteidigung in diesen Fällen nicht zu gewährleisten sei.³⁹

„Die Einrichtung eines ‚Ombudsmannes‘, wie sie vom CCBE vorgeschlagen wird, wird eine neue salbungsvolle Persönlichkeit auf europäischer Ebene installieren, die aber im Ganzen weitgehend und im einzelnen Verfahren vollständig wirkungslos bleiben wird.“⁴⁰

Demgegenüber wird das Konzept des Eurodefensor von dem Vorstandsmitglied der *European Criminal Bar Association* (ECBA), einer unabhängigen Organisation von Strafverteidigern aus allen Mitgliedsstaaten, die dem Europäischen Rat angehören, Rechtsanwalt *Jonathan Mitchel* mit drastischen Worten als „völlig töricht“ und mit der EMRK unvereinbar bezeichnet.⁴¹

Dieses Pro und Contra weist darauf hin, dass zwischen den Verfechtern der verschiedenen Modelle jedenfalls verbal mit recht harten Bandagen gekämpft wird, wobei die Frage nach den Ursachen dafür noch weitgehend unbeantwortet bleiben muss, obwohl verschiedentlich zu vernehmen ist, es handele sich bei diesem Streit keinesfalls nur um einen verbalen Schlagabtausch, sondern es gehe letztlich auch um „Machtfragen“ von unterschiedlichen Anwaltsorganisationen. Darüber habe ich hier freilich nicht zu spekulieren.

Kritik an dem Modell des Eurodefensor („Modell Schünemann“) kommt aber nicht nur von Anwälten, sondern auch aus der Wissenschaft. Eine wichtige Stimme ist dabei die von *Vogel*. Diesem erscheint der Vorschlag für einen Eurodefensor zu wenig verteidigungsbetont. Hin-

³⁶ Schünemann, ebenda.

³⁷ Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006, S. 4 ff.

³⁸ Vgl. zum Ganzen http://www.ccbe.org/doc/En/criminal_law_ombudsman_en.pdf

³⁹ Vgl. zum Ganzen Nestler, in: Schünemann (Hrsg.), Gesamtkonzept europäische Strafrechtspflege, S. 170 f.

⁴⁰ Schünemann, StV 2006, S. 361 ff. (368).

⁴¹ Mitchell, in: Schünemann (Hrsg.), Gesamtkonzept europäische Strafrechtspflege, S. 191 ff. (192).

sichtlich der Vertikalisierung der Strafverteidigung hält *Vogel* das Ombudsmann-Projekt der CCBE gegenüber dem Eurodefensor vorzugswürdig, „weil es nicht auf beamtete Verteidiger nach staatssozialistischem Vorbild, sondern auf freie Verteidiger setzt, die von der CCBE vorgeschlagen und vom Europäischen Parlament bestätigt werden“.⁴²

In der Sache hingegen präferiert *Vogel* das Eurodefensor-Modell, weil es dem Eurodefensor wirkliche Beteiligungsrechte einräumt, während der Ombudsmann auf ein „weiches“ Monitoring beschränkt sei. *Vogel* spricht sich dafür aus, die Vorzüge beider Modelle zu kombinieren.⁴³

IV. Europäischer Strafverteidigungsverbund

In einem eigenen Vorschlag plädiert *Vogel* dafür, alle drei Säulen des bereits geschaffenen europäischen Strafverfolgungsbundes – gegenseitige Anerkennung, Harmonisierung, Vertikalisierung – auf einen noch zu schaffenden europäischen Strafverteidigungsverbund zu übertragen.⁴⁴

Das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung müsse in der Weise für die Verteidigung berücksichtigt werden, dass ausländische Verteidiger in allen Belangen, rechtlich und praktisch, inländischen Verteidigern gleichgestellt sind; ausgehend davon, dass die Rechtsstellung des Verteidigers in den Mitgliedsstaaten – bei allen Gemeinsamkeiten in den „Kernrechten“ – durchaus unterschiedlich geregelt sei. Daraus leitet *Vogel* einen dringenden Bedarf für eine Mindestharmonisierung der Verteidigerrechte ab.

V. Europäisches Netzwerk von Strafverteidigern

An anderer Stelle wurde angeregt, über die Bildung eines „Europäischen Netzwerkes der Strafverteidigung“ innerhalb eines europäischen Rechtsrahmens nachzudenken.⁴⁵

⁴² *Vogel*, ebenda, S. 131.

⁴³ *Vogel*, ebenda. Nur im Rahmen einer Fußnote und ein wenig süffisant sei bemerkt, dass aber auch *Vogel* bei seiner Kritik mit recht drastischen Worten aufwartet, wobei sich diese Feststellung vor allem auf seine Aussage bezieht, der Eurodefensor sei mit der Installierung von beamteten Verteidigern nach staatssozialistischem Vorbild verbunden (Hervorhebung von mir – J.A.). Dazu ist zweierlei anzumerken: Zum einen dürften die Schöpfer des Vorschlages eines Eurodefensor nun wahrlich kaum verdächtig sein, Träger von staatssozialistischem Gedankengut zu sein. Zum anderen war die Stellung von Rechtsanwälten inklusive Verteidigern in den Systemen des Staatssozialismus nicht die von Beamten. Das Stigma des Staatssozialismus dürfte kaum tauglich sein für die Auseinandersetzung mit den Modellen Eurodefensor und Ombudsmann. Eine Bezugnahme darauf wirkt in diesem Kontext geradezu grotesk. Vgl. vielmehr zu dem hier in der Sache mit den beiden Modellen verfolgten Konzept, eine autonome Verteidigung so weit wie möglich durch die Mitwirkung eines von der Strafverfolgung unabhängigen Verteidigers zu bewahren, m.w.N. *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, S. 506 f., 600 f.

⁴⁴ *Vogel*, in: Schünemann (Hrsg.), *Gesamtkonzept europäische Strafrechtspflege*, S. 122 ff. (130) f.).

⁴⁵ *Vogel*, *ZStW* 116 (2004), S. 416.

Dabei handelt es sich um ein Akkreditierungssystem für „Europäische Strafverteidiger“ mit Kenntnissen und Erfahrungen in europäisch-transnationaler Strafverteidigung, das durch die CCBE verwaltet werden könnte. Der Zugang von Beschuldigten und anderen Betroffenen in transnationalen Strafverfahren solle dadurch gewährleistet werden, dass sowohl europäische als auch mitgliedstaatliche Stellen verpflichtet werden, Beschuldigte und andere Betroffene so früh wie möglich über das „Europäische Netzwerk der Strafverteidigung“ und das Recht auf Rechtsbeistand zu informieren.⁴⁶

Daneben gibt es Überlegungen für ein weiteres Projekt bezüglich des Aufbaus eines europäischen Netzwerkes von Rechtsanwälten, welches von der Anwaltsorganisation *Fair Trial Abroad* initiiert wird. *Fair Trial Abroad* unterstützt als Nicht-Regierungsorganisation Großbritanniens weltweit Bürger der Europäischen Union, die unfairen Strafverfolgung ausgesetzt sind und verfügt dabei über einen reichen Erfahrungsschatz mit der Strafverteidigung in transnationalen Prozessen.

Bei den erwähnten Projektplänen von *Fair Trial Abroad* handelt es sich um die Idee eines Netzwerkes, welches aus Verteidigern, Aktivisten aus Nichtregierungsorganisationen und Wissenschaftlern bestehen soll, deren Schwerpunkt insbesondere auf den Menschenrechten und dem Strafrecht liegt. Dieses Projekt zielt nach den uns vorliegenden ersten Informationen darauf ab, innerhalb einer EU-weiten Kampagne fundamentale Rechte im Zusammenhang mit der Strafverteidigung zu schützen und zu fördern, wie

- den Schutz der Daten des Beschuldigten im Strafverfahren
- die Rechtshilfe und Übersetzungshilfe
- das Informationsrecht über Anschuldigungen
- das Recht des Beschuldigten mit Konsularbeamten und Familienangehörigen zu kommunizieren,
- das Recht der Bewegungsfreiheit des Beschuldigten innerhalb einer vor dem Hauptverfahren liegenden Supervision sowie
- den Zugang zu Rechtswegen.

⁴⁶ Nicht ganz klar ist in diesem Zusammenhang, warum eine seit dem Jahre 2001 sich etablierte Arbeitsgruppe der Strafverteidigerorganisationen in Deutschland, die als Vorläufer einer späteren europaweit organisierten Clearingstelle für Verteidigungsproblem konzipiert worden ist, es bis heute nicht geschafft hat, ihre immer wieder erwähnte Homepage www.eu-defense.de auch wirklich aufzubauen. Nach dem Aufruf der Seite wird man nunmehr schon seit 6 Jahren darauf hingewiesen, dass sich die Homepage in Vorbereitung befinde, und dies, obwohl am 17.5.2004 ein Projektpapier „Netzwerk der Europäischen Strafverteidiger“ von dieser Arbeitsgruppe vorgelegt worden ist. Dies könnte indes ein unausgesprochener Hinweis darauf sein, dass es an einer wirksamen Koordination der Vorschläge für eine europäische Strafverteidigung sowohl auf nationaler wie auch auf internationaler Ebene fehlt.

Diese Vorschläge korrespondieren offenbar mit der Idee von multinationalen Verteidigungsteams, auf die ich jetzt zu sprechen komme.

VI. Mehrnationale Verteidigerteams

Die Idee dazu wurde von *Ahlbrecht* und *Lagodny* im Kontext mit der Diskussion von einheitlichen Strafverfahrensgarantien in Europa eingebracht. Vorgeschlagen wird eine Meistbegünstigungsklausel bei grenzüberschreitender Zusammenarbeit.⁴⁷

Diese besteht darin, das keines der von *Ahlbrecht* und *Lagodny* diskutierten Strafverfahrensrechte nur deshalb in geringerem Maße gewährt oder in höherem Maße eingeschränkt werden dürfen, weil in einem bestimmten Strafverfahren die Behörden oder Gerichte auch eines anderen Staates tätig werden sollen oder müssen.

Gesichert werden soll die Meistbegünstigungsklausel, die sich – obwohl unausgesprochen – auch gegen das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung richtet, durch das Recht auf mehrnationale Verteidigerteams. Bei grenzüberschreitender Strafverfolgung hat danach jeder Betroffene das Recht auf Verteidigerteams aus den beteiligten Staaten. Bezugspunkt ist ein international arbeitsteiliges Strafverfahren. In diese Überlegungen sind auch die relevanten Vorschriften über die Rechtshilfe in Strafsachen einzubeziehen.⁴⁸

Der Gedanke multinationaler Verteidigerteams war freilich schon durch einen Vorschlag von Rechtsanwalt Prof. Franz *Salditt*, dem früheren deutschen Vorsitzenden des Strafrechtsausschusses des Rates der europäischen Anwaltschaften, zur doppelten Verteidigung auf einheitlichem Raum am Beispiel des europäischen Haftbefehls entwickelt worden. Nach *Salditt* ist es geboten, die Verteidigung von Anfang an und bis zum Abschluss des Verfahrens doppelt zu besetzen, nämlich durch einen Anwalt jeweils im Staat des Haftbefehls ebenso wie im Auslieferungsstaat, weil nur so die beiderseitigen Mängel der Unkenntnis von Sprache, Kultur und Recht ausgeglichen werden könnten.⁴⁹

Salditt ist es übrigens, der sich – soweit zu sehen ist – bislang am umfänglichsten zur Begründung der Ombudsperson der CCBE im Schrifttum geäußert hat, und zwar in „Forum der Europäischen Rechtsakademie Trier“ (ERA-Forum), Heft 2/2006. Dieser Beitrag steht im Zusammenhang mit der am 7. April 2006 an der Europäischen Rechtsakademie Trier veranstalteten Tagung „Der Europäische Bürgerbeauftragte für Strafrechtsfragen“. Allerdings ließ sich auch im Ergebnis dieser Tagung eine einheitliche Meinung zu dem Modell für das Amt des Ombudsmannes für Strafrecht nicht feststellen.

⁴⁷ *Ahlbrecht/Lagodny*, StraFo 2003, S. 329 ff.

⁴⁸ Vgl. dazu *Lagodny*, in: Widmaier (Hrsg.), Strafverteidiger, 2006, S. 826 ff.

⁴⁹ *Salditt*, StV 2003, S. 136 f.; vgl. auch *Gaede*, ZStW 115 (2003), 845, 867 ff., 875.

VII. Überlegungen aus dem Völkerstrafprozessrecht

Für den Fall, dass für den Bereich eines europäisierten bzw. europäischen Strafverfahrens die Idee eines Protodefensors aufgegriffen werden sollte, so wäre nach *Kress* hinsichtlich der Frage, wann und in welchem Umfang diese Institution zu beteiligen ist, ein Blick auf das Völkerstrafprozessrecht zu empfehlen. Schlüsselbestimmung sei hier Art. 56 Abs. 2 lit. d und Abs. 3 lit. a des IStGH-Statuts, wonach im Fall einer unique investigative opportunity ein Vertreter der Interessen der Verteidigung zu bestellen ist, und zwar auch entgegen dem Votum der Anklageseite, sofern die Verteidigungsinteressen dies nach Einschätzung der Vorverfahrenskammer gebieten.⁵⁰

VIII. „Europäischer Rechtsanwalt“

Bei dem Modell des „Europäischen Rechtsanwalts“ handelt es sich nicht um einen Vorschlag zur Entwicklung einer europäischen Strafverteidigung, sondern um ein innerhalb der EU bereits bestehendes Regelwerk. Im Hinblick darauf, ob dieses möglicherweise in die Diskussion über eine europäische Strafverteidigung einzubeziehen ist, finden sich jedenfalls in der deutschen Wissenschaft – soweit zu sehen ist – Ausführungen wohl allein bei *Nelles*⁵¹ und bei *Schünemann*.⁵²

Dabei wird hervorgehoben, dass die Möglichkeiten für Rechtsanwälte, als Verteidiger grenzüberschreitend tätig zu werden, im Rahmen der Liberalisierung des Dienstleistungsverkehrs von der EG schon sehr früh geschaffen worden sind.

Eine EWG-Richtlinie des Rats hat schon vor mehr als 25 Jahren angeordnet, dass jeder Mitgliedsstaat für die Ausübung der Tätigkeiten der Rechtsanwälte alle Personen als Rechtsanwalt anerkennt, die in anderen Mitgliedsstaaten die entsprechende Anerkennung besitzen. Allerdings wird vorgeschrieben, dass das nur über einen vor Ort zugelassenen sogenannten *Einvernehmungsanwalt* möglich ist, was man die sogenannte *Gouvernantenklausel* nennt.

Nach einer weiteren europäischen Liberalisierung im Jahre 1998 gilt heute in Deutschland das *Gesetz über die Tätigkeit europäischer Rechtsanwälte* aus dem Jahre 2000 (EuRAG), dem auch Gesetze in den Mitgliedsstaaten entsprechen und das die Gouvernantenklausel nur für die Fälle der notwendigen Verteidigung im Strafverfahren und beim Verkehr mit einem inhaftierten Beschuldigten enthält.

In Anwaltskreisen ist allgemein anerkannt, dass die Verteidigung in einem im Ausland geführten Ermittlungsverfahren nur in Zusammenarbeit mit im dortigen Recht ausgebildeten und in der Verteidigertätigkeit vor Ort

⁵⁰ *Kress*, ZStW (116) 2004, S. 471; vgl. auch den Ansatz bei BGHSt 46, 93 ff. und *Gaede*, Fairness als Teilhabe, S. 455 ff., 566 ff., 600 f.

⁵¹ *Nelles*, in: *Volk* (Hrsg.), Verteidigung in Wirtschafts- und Steuerstrafsachen, 2006, S. 632 ff. (638-644).

⁵² *Schünemann*, StraFo 2003, S. 344 ff. (348).

sozialisierten Rechtsanwälten in einer die vom Standesrecht geforderte Qualitätsgarantie einhaltenden Weise geführt werden kann.

Für die weitere Diskussion der Vorschläge für einen europäischen Strafverteidiger empfiehlt es sich, die EG-Richtlinien zum europäischen Rechtsanwalt und besonders die dafür vorliegenden praktischen internationalen Erfahrungen zu bedenken.

IX. Sonstiges

Die Bestandsaufnahme bisheriger Vorschläge zu einer europäischen Strafverteidigung ergibt auch, dass über die Frage gestritten wurde, ob eine Bestimmung über einen „europäischen“ Strafverteidiger Eingang in den europäischen Verfassungsvertrag hätte finden sollen.⁵³ Zweifel bezogen sich darauf, dass sich in Staatsverfassungen üblicherweise keine Bestimmungen zur Institution der Strafverteidigung fänden.⁵⁴ Dem wurde entgegengehalten, dass angesichts der Anerkennung eines Verfahrensgrundrechts auf Verteidigung in Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK einer Aussage zur Organisation des Rechts auf Verteidigung die verfassungsvertragliche Dignität keineswegs fehle. Wenn der Verfassungsvertrag die Rolle der Europäischen Staatsanwaltschaft thematisiere, sei es sinnvoll, auch die Frage zu behandeln, wie die Interessen des Beschuldigten speziell in der – typischerweise geheimen – Ermittlungsphase zu berücksichtigen seien.⁵⁵

C. Erste Überlegungen zu einem Projekt „Europäischer Strafverteidiger“

Aus der vorgenommenen Bestandsaufnahme von Vorschlägen zur Entwicklung und Stärkung der Verteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren ergeben sich einige Überlegungen und Schlussfolgerungen für neue Forschungsperspektiven.⁵⁶

⁵³ Kress, ZStW (116) 2004, S. 445 ff. (471 f.).

⁵⁴ Entsprechende Kritik von Eser und Vogel (Nachweise bei Kress, ebenda, S. 471 f.).

⁵⁵ Argumente von Nelles und Nestler (Nachweise bei Kress, ZStW [116] 2004, S. 471 f.).

⁵⁶ Einige dieser Forschungsperspektiven sind im Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht aufgegriffen worden. Seit Frühjahr 2007 trifft das auch auf das Thema eines „europäischen“ Strafverteidigers zu. Sieh damit im Max-Planck-Institut befassen zu wollen, ist vor allem deswegen nahe liegend, weil das - aufgrund des im Jahre 2003 erfolgten Direktorenwechsels am Max-Planck-Institut - entwickelte neue Forschungsprogramm mit dem Titel „Grenzen des Strafrechts“ auch den Forschungsschwerpunkt „Europäisches Strafrecht“ enthält [vgl. dazu Sieber, in: Albrecht/Sieber (Hrsg.), Perspektiven der strafrechtlichen Forschung, 2004, S. 35 ff. (39, 46 ff., 62, 64 f.); Max-Planck-Institut (Hrsg.), Forschungsbericht 2004-2005, S. 70 ff.; Sieber, ZStW 119 (2007), S. 1 ff. (59)]. Dieser Schwerpunkt umfasst auch die Bearbeitung eines größeren Forschungsprojekts zu „Überlegungen zu einer europäischen Strafrechtspflege“ („Rethinking European Criminal Justice“). Forschungsziel dieses Projekts ist die Entwicklung von Modellen für die zukünftige europäische Strafverfolgung sowie von entsprechenden Lösungsprinzipien für andere politische und wirtschaftliche Zusammenschlüsse [vgl. dazu Sieber ZStW 119 (2007), S. 59]. Ein Teil dieser For-

I. Drei mögliche grundlegende Untersuchungsrichtungen

Für ein Projekt „Europäischer Strafverteidiger“ bestehen drei mögliche grundlegende Untersuchungsrichtungen, die sowohl unabhängig voneinander als auch in unmittelbarer Verknüpfung – oder auch nacheinander – in den Blick genommen werden können.

1. Verfahrens- und Verteidigungsrechte des Beschuldigten

Es handelt sich *zum einen* um die Ebene der Beschuldigten- und weiterer Verfahrensrechte. Hinsichtlich des Rechts auf Verteidigung bzw. auf einen Verteidiger/Beistand steht hier die Frage nach entsprechenden Standards auf europäischer Ebene im Mittelpunkt der Untersuchungen, die man auch als *Europäisierung des Rechts auf Verteidigung* bezeichnen könnte. Wie bereits dargelegt, galt dieser Frage sowohl in der Wissenschaft wie auch in der europäischen Rechtspolitik eine durchaus nicht nur marginale Aufmerksamkeit, wovon die Diskussion über das schon erwähnte Grünbuch und den Entwurf für einen Rahmenbeschluss des Rates über die Verfahrensrechte des Beschuldigten Zeugnis abgelegt hat. Obwohl die diesbezüglichen rechtspolitischen Bemühungen von vornherein unzureichend waren und letzten Endes gescheitert sind, ist es Aufgabe der Wissenschaft, nicht ihrerseits dieses Themenfeld zu den Akten zu legen, sondern unablässig weiter bzw. verstärkt darum zu ringen, dass der entsprechende europäische rechtspolitische Diskurs zumindest wieder aufgenommen wird.⁵⁷ Die Frage nach einem „europäischen“ Strafverteidiger ist in diesem Rahmen zwar ein wichtiger, aber nur ein Aspekt.

2. Rechtsvergleichung des Rechts auf Verteidigung

Eng damit zusammen hängt die *zweite* mögliche Untersuchungsrichtung: die *Rechtsvergleichung* auf diesem Gebiet. Dazu liegen – wie ebenfalls bereits dargetan – repräsentative und aufschlussreiche Ergebnisse vor. Diese lassen sich im Hinblick darauf auswerten, ob und inwieweit in den nationalen Strafprozessordnungen Nachhole- bzw. Angleichungsbedarf der jeweiligen nationalen Vorschriften an das bereits bestehende europäische Recht existiert (etwa im Hinblick auf Art.6 Abs. 3 Ziff. c EMRK) bzw. welche nationalen Vorschriften eine Weiterentwicklung des europäischen Rechts anzuraten scheinen. Zu beo-

schungen bezieht sich auch auf die Verteidigung, wobei in erster Linie nach dem Aktionsradius sowie der Organisation der Verteidigung und hierbei nach der Qualifikation der Verteidiger einerseits sowie dem institutionellen und strukturellen Rahmen andererseits gefragt wird. Ein weiterer Punkt betrifft die Auswahl und Benennung des Verteidigers in den jeweiligen Ländern. Insofern soll das eigenständige Projekt über einen „europäischen“ Strafverteidiger die Forschungen zur europäischen Strafrechtspflege ergänzen.

⁵⁷ In diesem Sinne auch bezogen auf die Anwendung der europäischen Verteidigungsgarantien Gaede, Fairness als Teilhabe, S. 928 f.

bachten ist im Übrigen auch eine Reihe von Dissertationsvorhaben zu diesem Thema.⁵⁸ Auch die Rechtsvergleichung des Rechts auf Verteidigung bezieht sich nicht ausschließlich auf die Stellung und Rolle des Verteidigers, sondern ordnet sie in die vergleichende Betrachtung der Verteidigungsrechte des Beschuldigten mit ein.⁵⁹

3. Institution eines „europäischen“ Strafverteidigers?

Die dritte Untersuchungsrichtung schließlich betrifft die Frage nach der *Organisation bzw. der Institutionalisierung der Strafverteidigung durch einen „europäischen“ Strafverteidiger* in transnationalen europäischen Strafverfahren. Aus den vorgenommenen Bestandsaufnahmen aller drei gerade angesprochenen Untersuchungsrichtungen ergibt sich, dass hinsichtlich der Organisation bzw. Institutionalisierung eines „europäischen“ Strafverteidigers allein schon in der Wissenschaft die meisten Fragen wohl noch offen sind, dass Forschungsdesiderate hier also offensichtlich am deutlichsten hervortreten.

Aber auch die Umsetzung eines effizienten Modells eines „europäischen“ Strafverteidigers ist angesichts der immer mehr zunehmenden „Transnationalisierung“ der Strafverfahren mit all ihren Auswirkungen auf die Betroffenen respektive Verfolgten und Beschuldigten ein allzu drängendes Problem. Dies freilich setzt einen praktikablen Vorschlag für ein solches Modell überhaupt erst einmal voraus.

II. Die Auswahl der dritten Untersuchungsrichtung (C.I.3.)

Besonders vor dem soeben erläuterten Hintergrund der dritten Untersuchungsrichtung drängt es sich geradezu auf, den Focus auf ein eigenständiges Projekt zur Frage nach der Organisation oder Institutionalisierung eines „europäischen“ Strafverteidigers zu legen, freilich nicht ohne zuvor methodische Ausgangsüberlegungen zu diskutieren.

1. Die auszuwählende Methode

Zunächst sei auf einer *horizontalen* Ebene vorausgeschickt, dass es methodisch inkonsistent wäre, die beiden ersten Untersuchungsrichtungen (C.I.1. und C.I.2.)

⁵⁸ Hingewiesen sei auf das Vorhaben von *Allan Plekksepp* zu dem Thema „Die gleichmäßige Gewährleistung des Rechts auf Verteidigerbeistand – eine Voraussetzung der gegenseitigen Anerkennung strafrechtlicher Gerichtsentscheidungen in Europa“, das unter der Betreuung von *Prof. Dr. Walter Perron* von der Universität Freiburg steht und im Rahmen der International Max Planck Research Scholl für Comparative Criminal Law [vgl. dazu *Sieber*, ZStW 119 (2007), S. 64 f.] bearbeitet wird.

⁵⁹ Dies ist dabei schon deshalb geboten, weil das Recht auf Verteidigung kein Recht des Verteidigers, sondern ein Recht des Angeklagten darstellt, vgl. EGMR, ZE Tuncer u.a. v. Türkei, 13.3.2003, § 2; m.w.N. *Gaede*, *Fairness als Teilhabe*, S. 494 ff., der das Recht auf Verteidigerbeistand als zentralen Bestandteil des Angeklagtenrechts auf einen fairen Strafprozess einordnet.

bei den Überlegungen zu einem „europäischen“ Strafverteidiger völlig außer Betracht zu lassen. Es wird noch zu zeigen sein, dass die dritte Untersuchungsrichtung zwar im Mittelpunkt eines eigenständigen Projekts – so wie vorgesehen – stehen kann, dabei aber sowohl die Beschuldigtenrechte mitzubedenken bzw. einzubeziehen sind wie auch die Ergebnisse der Rechtsvergleichung hinsichtlich des Rechts auf Verteidigung nicht unberücksichtigt zu lassen.

Anknüpfend an die bereits vorliegenden Vorschläge zur Entwicklung und Stärkung der Strafverteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren (B.) ergibt sich ferner die Frage nach der *vertikal* richtigen methodischen Herangehensweise bzw. dem Ausgangspunkt für derartige Überlegungen, die sich als Weichen stellend für den Beginn und Verlauf eines solchen Projekts erweisen dürfte.

Es ist dies die Entscheidung darüber, ob gewissermaßen allein anhand von Prinzipien (eines „europäischen“ Strafverfahrens) die Frage nach einem „europäischen“ Strafverteidiger beantwortet werden soll, oder zunächst die tatsächlichen Fall- und Problemkonstellationen, die in transnationalen Strafverfahren auftreten können, zu ermitteln sind, wobei für Letzteres in dem hier vorliegenden Kontext natürlich unterstellt werden muss, dass sich derartige Fallkonstellationen, oder besser gesagt: die richtigen Ausgangs- und Lebenssachverhalte, auch finden lassen. Würde man demgegenüber den ersten Weg beschreiten, also a priori prinzipiengeleitet vorgehen, hieße das selbstverständlich, von vornherein jene Prinzipien zu benennen und zu begründen, die als Ableitungskriterien für einen „europäischen“ Strafverteidiger gelten sollen.⁶⁰

Betrachtet man die vorliegenden Modelle europäischer Strafverteidigung mit einem ersten Blick, so entsteht der Eindruck, dass jedenfalls die Überlegungen des Eurodefensor sich offenbar per se an Grundprinzipien wie Gesamtbalance oder „Waffengleichheit“ zwischen europäischen Strafverfolgungsbehörden und europäischer Strafverteidigung haben leiten lassen, hingegen solchen Vorschläge wie der Ombudsperson oder auch eines europäischen Netzwerkes von Strafverteidigern stärker praktische Bedürfnisse zu Grunde lagen.

Mit der Mitteilung dieser zugegebenermaßen vielleicht recht oberflächlichen Beobachtung geht es nicht darum, die eine Herangehensweise gegen die andere auszuspielen. Es wäre verfehlt, dem Modell des Eurodefensor die Berücksichtigung praktischer Bedürfnisse abzusprechen, wie es auch kaum haltbar wäre behaupten zu wollen, dass die Überlegungen für eine Ombudsperson oder ein europäisches Netzwerk von Strafverteidigern ohne prin-

⁶⁰ Ähnliche Methodenfragen stellen sich für die Rechtsvergleichung [vgl. dazu insbes. *Nelles*, in: *Arnold/Burckhardt/Gropp u.a. (Hrsg.), Eser-FS, 2005, S. 1005 ff. (1013 f.; Nelles* spricht von einer „empirischen Problemorientierung“ als Ansatz); *Perron*, ZStW (109) 1997, S. 281 ff. (*Perron* begründet das Projekt des Max-Planck-Instituts „Allgemeiner strafrechtlicher Strukturvergleich“); *Sieber* in: *Sieber/Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach, S. 78 ff. (111 ff. zu den Methoden der Rechtsvergleichung)*. Vgl. ferner zur juristischen Methode *Hassemer*, in: *Hassemer, Erscheinungsformen des modernen Rechts, 2007, S. 119 ff.*

zipiengeleitete Fragestellungen erfolgt sind. Aber offengelegt und diskutiert wurden bisher weder die prinzipiengleiteten Fragestellungen noch die praktischen Fallkonstellationen.

Zu bedenken ist, dass sich die Fragestellung nach Entwicklung und Stärkung der Verteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren vor allem aufgrund der entstandenen enormen Komplexität transnationaler Kriminalität und der strafrechtlichen Reaktionen darauf ergibt. Aufgrund der dabei bestehenden komplizierten normativen und faktischen nationalen und internationalen multiplen Verflechtungen ist es nahe liegend, für die weiteren Forschungen die „empirische Problemorientierung“ als methodischen Ansatz zu wählen,⁶¹ und damit einen neuen Begriff aus der Rechtsvergleichung aufzugreifen, der auch für die beabsichtigte Untersuchung sinnvoll erscheint.

2. Fall- und Problemanalyse transnationaler „europäischer“ Strafverteidigung

Der erwähnten Komplexität der Strafverteidigung Rechnung tragend, ist es erforderlich, für eine Suche nach Antworten auf die die Verteidigung bzw. die den Verteidiger betreffenden Fragestellungen die Untersuchungen in einer ersten *Stufe* darauf zu richten, durch eine möglichst genaue Analyse herauszufinden, welche konkreten Fall- und Problemkonstellationen sowie Erfahrungen bei der Verteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren überhaupt bestehen, auch unter Berücksichtigung etwa der Rechtshilfe oder des Agierens des „europäischen Rechtsanwalts“.⁶²

Dabei sollte allerdings nicht allein bei den Problemen der Strafverteidiger stehen geblieben, bzw. schon nicht einmal damit begonnen, sondern der Blick zuerst auf den Beschuldigten und seine Rechte gerichtet werden. Erst danach oder bereits damit im Zusammenhang ist die Tätigkeit des Strafverteidigers in die Untersuchung einzubeziehen. Anderenfalls bestünde die Gefahr einer verkürzten Betrachtung gerade in Bezug darauf, welche Schlussfolgerungen aus der Analyse der Stellung des Beschuldigten – normativen wie faktischen – in transnationalen europäischen Strafverfahren für die Entwicklung einer europäischen Strafverteidigung bzw. eines „europäischen“ Strafverteidigers zu ziehen sind.

Nur aus einer jeweils darauf bezogenen Fall- und Problemkonstellation lassen sich Schlussfolgerungen für die Entwicklung einer europäischen Strafverteidigung und eines „europäischen“ Strafverteidigers, bzw. möglicherweise für die Entwicklung einer europäischen Strafverteidigung als ein „europäischer“ Strafverteidiger ziehen. Man könnte dies – nochmals in Anlehnung an den Anspruch von der Geschichte des Strafprozesses als Geschichte der Verteidigung und der Geschichte der Verteidigung als Geschichte der Rechtsstellung des Verteidigers, aber auch zur Bestätigung der Wechselbeziehungen

⁶¹ Nelles, in: FS-Eser, S. 1013 f.

⁶² Vgl. dazu demnächst Ahlbrecht/Böhm/Esser u.a., Verteidigung in internationalen Strafsachen (im Erscheinen 2008).

zwischen den oben beschriebenen drei grundlegenden Untersuchungsrichtungen – wie folgt skizzieren:

Beschuldigtenrechte → Verfahrensrechte → Verteidigungsrechte → Verteidiger

Wohl nur auf einer solchen Grundlage ist erkennbar, wo die wirklichen notwendigen Entwicklungslinien für einen „europäischen“ Strafverteidiger liegen. Nicht außer Acht zu lassen ist ferner, dass aus einer Analyse des Rechts auf Verteidigung und ihrer Faktizität vor dem Internationalen Jugoslawiengerichtshof (ICTY) wichtige Aufschlüsse für einen „europäischen“ Strafverteidiger zu erhoffen sind.

3. Analyse der europäischen Strafverfolgungsbehörden

Auf einer zweiten Untersuchungsebene – die sich ihrerseits mit dem ersten Schritt überschneiden kann – sollte es dann darum gehen, die Praxis und Normativität der bereits existierenden europäischen Strafverfolgungsbehörden – mit ihren nationalen Bezügen und entsprechenden Interaktionen – näher zu beleuchten. Es wird davon ausgegangen, dass dabei zu erkennen ist, ob und, wenn ja, welche Einschränkungen der Beschuldigten- respektive Verteidigungsrechte damit verbunden sind, und welche Konsequenzen daraus zur Stärkung der Verteidigung gezogen werden müssen. Auch und gerade im Zusammenhang mit der vorgesehenen europäischen Staatsanwaltschaft erscheint es notwendig, eine Antwort auf die Frage nach der Entwicklung einer europäischen Strafverteidigung bzw. eines „europäischen“ Strafverteidigers zu suchen.

4. Unterbreitung konkreter Vorschläge

Auf der Basis der im Rahmen der vorgestellten beiden Untersuchungsebenen (C.II.2. und 3.) gefundenen Ergebnisse – die im Grunde die Frage zu beantworten haben, wo angesichts der gravierenden Veränderungen europäischer Strafverfahrenswirklichkeit die ihr entsprechenden neuen Anforderungen an die Strafverteidigung liegen –⁶³ sollen Überlegungen für konkrete Vorschläge zur Entwicklung eines „europäischen“ Strafverteidigers erfolgen, die an dieser Stelle die Rechtsprinzipien für eine europäische Strafverteidigung zu bedenken hat. Darauf möchte ich jetzt abschließend eingehen.

III. Prinzipiengeleitete Forschung

Spätestens nach den Erörterungen auf den beiden genannten Untersuchungsebenen schließt sich der Kreis zu einer prinzipiengeleiteten Forschung. Die Frage nach einem „europäischen“ Strafverteidiger ist eine solche Forschung,⁶⁴ auch wenn in dem hier vorgeschlagenen Projekt am Anfang die eher fallbezogene und problemorientierte Herangehensweise steht. Diese entbindet

⁶³ Vgl. dazu Demenko, in: Joerden/Szwarc (Hrsg.), Europäisierung des Strafrechts in Polen und Deutschland – rechtsstaatliche Grundlagen. 2007, S. 219 ff. (221 f.).

⁶⁴ Vgl. zu einer prinzipiengeleiteten Sicht europäischer Strafverteidigung Braum, StV 2003, S. 576 ff.

jedoch weder davon, ein bestimmtes prinzipiengeleitetes Vorverständnis vorauszusetzen und offen zu legen, noch darf davon abgesehen werden, die empirischen Ergebnisse an Prinzipien zu messen und zu bewerten.

In nuce geht es darum zu fragen, welche nationalen und transnationalen Prinzipien der Strafverteidigung bisher anzutreffen sind, auf welchen Fundamenten sie aufbauen und welche historisch zurückliegenden Lösungsmöglichkeiten sich feststellen lassen.⁶⁵

Eine solche Bestandsaufnahme soll dazu dienen, sowohl bereits bestehende gesamteuropäische Prinzipien der Strafverteidigung auf ihre Nutzbarkeit für die Lösung der bestehenden praktischen Probleme zu hinterfragen, als auch weitere Prinzipien dafür zu entwickeln. In diesem Zusammenhang spielen vor allem die entsprechenden menschenrechtlichen Vorschriften der EMRK eine wichtige Rolle. Die entsprechenden Vorschriften zum Recht auf Verteidigung sind Bestandteile von positivierten Verfahrensrechten der Konvention, die für die europäischen Staaten und die nationalen Gerichte unmittelbar gelten. Zugleich lassen sie Raum dafür, spezifische Neuentwicklungen zu berücksichtigen, wenn neue Verfahrenskonstellationen die Wirksamkeit althergebrachter Garantien in transnationalen Zusammenhängen entfallen lassen.⁶⁶

Ferner erscheint es sinnvoll, die in dem Grünbuch der Kommission über die Verfahrensrechte diskutierten Beschuldigtenrechte daraufhin zu prüfen, ob sie eine trag- und ausbaufähige Grundlage für eine europäische Strafverteidigung darstellen.

Erst mit dieser prinzipiengeleiteten Herangehensweise wird letzten Endes der Kanon für eine Antwort auf die Frage nach einem „europäischen“ Strafverteidiger gefunden.

Zum einen dient dieser Kanon zur Prüfung der bereits bestehenden Modelle europäischer Strafverteidigung. Das heißt, dass vor diesem Hintergrund die bereits vorliegenden Vorschläge wie Eurodefensor, Ombudsmann und Europäisches Netzwerk von Verteidigern auf den Prüfstand zu stellen sind und dabei beispielsweise danach zu fragen ist, ob sich – wie offenbar bei dem Modell des Eurodefensor – das Prinzip der Gesamtbalance des Strafverfahrens bzw. der „Waffengleichheit“ wirklich als der notwendige tragende Pfeiler erweist, wobei auch das unterschiedliche Verständnis in nationalen Rechtsordnungen einerseits und auf europäischer Ebene andererseits zu beachten ist.⁶⁷

Zum anderen ist ein solcher „Prinzipien-Kanon“ überhaupt die Grundlage dafür, erforderlichenfalls einen eigenen Lösungsvorschlag im Rahmen des Projekts zu entwickeln.

Die Einbeziehung einer Prinzipien Diskussion in das Projekt betrifft zugleich das Selbstverständnis der Strafverteidigung, das sich von Überlegungen zu einem „europäischen“ Strafverteidiger nicht trennen lässt. Somit könnten sich aus diesem Projekt letztlich auch Impulse für eine Wiederbelebung der wissenschaftlichen Diskussion über die Stellung und Rolle der Strafverteidigung ergeben,⁶⁸ nunmehr ergänzt um die europäischen Fragestellungen. Es ist dies die Frage danach, welchem Wandel das Modell einer klassischen rechtsstaatlichen Strafverteidigung angesichts der Entwicklung eines europäischen Straf- und Strafverfahrensrechts und deren Wirklichkeit unterliegt und vor welchen Herausforderungen die Straf-

Verteidigung andererseits durchaus umstritten, jedenfalls in nationalen Strafrechtsordnungen (vgl. für das deutsche Strafprozessrecht nur Müller, NJW 1976, S. 1063 ff.). Im Völkerstrafrecht – speziell in der Rechtsprechung des EGMR – wird das anders gesehen [dazu Ambos, ZStW 115 (2003), S. 3 ff.]. Es versteht sich von selbst, dass das unterschiedliche Verständnis von Waffengleichheit auch zu unterschiedlichen Begründungsansätzen für die Notwendigkeit und Ausgestaltung eines „europäischen“ Strafverteidigers führt. Bei der Entwicklung von Modellen für einen europäischen Strafverteidiger sollte zumindest offen gelegt werden, von welchen Prinzipien welchen Inhalts ausgegangen wird. Rekuriert man nur ganz allgemein auf bestimmte Grundsätze, wie Schönemann auf den Begriff „Gesamtbalance“, wird der Eindruck vermittelt, dass es sich dabei um ein unverrückbares Prinzip handelt, das allein nur in transnationalen europäischen Strafverfahren nicht umgesetzt wird. In Wirklichkeit aber beginnen die Probleme damit bereits in den nationalen Prozessrechtsordnungen. Ein Blick auf den von dem „Modell Schönemann“ bemühten Rechtsschutzbeauftragten im österreichischen Recht zeigt beispielsweise, dass diese Figur mit dem Prinzip der Waffengleichheit kaum etwas zu tun hat. Der österreichische Rechtsschutzbeauftragte ist eine staatliche Behörde, die nicht verteidigt, sondern ohne Wissen des Verdächtigten bzw. Beschuldigten bestimmte geheime Ermittlungsmaßnahmen auf ihre Zulässigkeit überwacht. Die bisherige Fokussierung auf das Prinzip der „Waffengleichheit“ respektive der Gesamtbalance im Strafverfahren für die Begründung einer europäischen Strafverteidigung – jedenfalls hinsichtlich des Vorschlages für einen Eurodefensor – setzt dieses Prinzip zudem recht abstrakt voraus, bzw. geht davon aus, dass es auf europäischer Ebene nicht gewährleistet ist. Für eine jüngste, die Bezüge zum jeweiligen Prozessmodell berücksichtigende Analyse der europäischen Garantie der Waffengleichheit vgl. Gaede, Fairness als Teilhabe, S. 461 ff., 641 ff.

⁶⁵ Vgl. dazu u.a. Bayer, Die Verteidigung im Strafprozess, 1908; Heldmann, Die Bedeutung der Verteidigung im Strafprozess, 1912; Armbrüster, Die Entwicklung der Verteidigung in Strafsachen, 1980; Hettinger, Das Fragerecht der Verteidigung im reformierten Inquisitionsprozess, 1985. Vgl. aber auch Langbein, The Origins of Adversary Criminal Trial, 2002.

⁶⁶ Vgl. dazu Gaede, der das Menschenrecht des Art. 6 EMRK zutreffend als begründenden Maßstab der prozessualen Stellung des Verteidigers ansieht (Gaede, Fairness als Teilhabe, S. 517 ff.).

⁶⁷ Der Begriff „Waffengleichheit“ ist als Prinzip für das Verhältnis zwischen Strafverfolgungsbehörde einerseits und

⁶⁸ Vgl. dazu u.a. Welp, ZStW 90 (1978), S. 101 ff.; Arbeitskreis Strafprozessreform, Die Verteidigung. Gesetzentwurf mit Begründung, 1979; Holtfort (Hrsg.), Strafverteidiger als Interessenvertreter, 1979; Hannover/Holtfort/Mauz, Strafverteidigung und Anwaltsorganisation, 1979 (herausgegeben vom Republikanischen Anwaltsverein e.V.); Beulke, Der Verteidiger im Strafverfahren, 1980; Pieth, Strafverteidigung – wozu?, 1986; Spaniol, Das Recht auf Verteidigerbeistand im Grundgesetz und in der Europäischen Menschenrechtskonvention, 1990; Barton, Mindeststandards der Strafverteidigung, 1994. So auch die These bei Gaede, Fairness als Teilhabe, S. 496 ff., der eine menschenrechtliche Sichtweise des Verteidigers vertritt.

verteidigung dabei steht. Möglicherweise sind auch „alte“ längst entschiedene Fragestellungen (etwa zum „Organ der Rechtspflege“ in Deutschland) neu zu beurteilen.⁶⁹ Im Idealfall lassen sich ferner Forschungslinien für eine „Philosophie der Strafverteidigung“ aufzeigen.⁷⁰

⁶⁹ Vgl. dazu Knapp, Der Verteidiger – Ein Organ der Rechtspflege?, 1974. In diese Richtung auch Gaede, Fairness als Teilhabe, S. 518 ff.

⁷⁰ Dass dies nicht so weit hergeholt ist, wie das auf den ersten Blick erscheinen mag, verdeutlicht die von Frisch vorgenommene Verknüpfung des europäischen Strafrechts mit Rechtsphilosophie (Frisch, GA 2007, S. 250 ff.); weit früher schon und speziell zur Verteidigung: Alsberg, Die Philosophie der Verteidigung, 1930. Vgl. zu einem prinzipiengeleiteten „Europäischen Strafrecht“ insbesondere Albrecht/Braun, KritV 2001, S. 312 ff.; Braun, Europäische Strafgesetzlichkeit, 2003.

Die Bestandsaufnahme der Diskussion über einen „europäischen“ Strafverteidiger rechtfertigt somit bisher nur die Feststellung, dass gegenwärtig über die Schaffung eines Weges dorthin nachgedacht wird. Ob dieser wirklich begehbar ist, wird sich erst noch herausstellen müssen. Das in Erwägung gezogene Projekt – über das ich hier nur mit ersten Überlegungen berichten konnte – könnte dazu einen Beitrag leisten und ich würde mich sehr freuen, wenn dafür auch von dieser Tagung einige Impulse ausgehen.⁷¹

⁷¹ Ich bin dem Generalsekretär des Verbandes Europäischer Rechtsanwaltskammern, Herrn Kollegen Dr. Rös, sehr dankbar dafür, dass er mir die Möglichkeit eingeräumt hat, unsere Projektvorstellungen auf der Tagung zu präsentieren.

„Online-Durchsuchung light“ – Die Änderung des § 110 StPO durch das Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung

Von Wiss. Assistent Stephan Schlegel*

A. Die Änderungen in der Strafprozessordnung zum 1. Januar 2008

Quasi „kurz vor Toresschluss“ wurde am 31. Dezember 2007 im Bundesgesetzblatt das „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“¹ verkündet. Damit konnte dieses pünktlich zum 1. Januar 2008 in Kraft treten. Dieses Gesetz war und ist, wie wohl nur wenige Gesetze in den vergangenen Jahren, starker öffentlicher Kritik ausgesetzt. Die geplante Schaffung einer „Vorratsdatenspeicherung“ für Telekommunikationsverbindungsdaten²

* Der Autor ist Assessor und Wissenschaftlicher Assistent im Lehrstuhl von Prof. Dr. Wohlers, Universität Zürich. Für eine kritische Durchsicht dankt der Verfasser ganz herzlich Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Zürich und Herrn Dr. Karsten Gaede, Hamburg. Die Idee zum Titel entstammt der Website „Cyberfahnder“ von Dieter Kochenheim (<http://www.cyberfahnder.de/nav/them/erm/stporef03.htm>).

¹ Vgl. BGBl. 2007 I S. 3198 ff.

² § 113a TKG n.F.

führte im Vorfeld zu Demonstrationen³ und schlussendlich unmittelbar nach Verkündung des Gesetzes im Bundesgesetzblatt zur Einlegung mehrerer Verfassungsbeschwerden u.a. durch durch FDP-Bundestagsabgeordnete und den „Arbeitskreis Vorratsdatenspeicherung“, unterstützt von 30.000 Bürgern.⁴

In der Diskussion um die telekommunikationsbezogenen Änderungen ging in der öffentlichen Wahrnehmung teilweise unter, dass durch das Gesetz auch eine Reihe weiterer Vorschriften geändert wurden. So wurden u.A. im Bereich des Zeugnisverweigerungsrechtes Modifikationen vorgenommen⁵, Benachrichtigungs-⁶ und Verwen-

³ So in Berlin am 6. November 2007 mit mehreren tausend Teilnehmern, vgl. Heise Newsticker v. 6. November 2007 (<http://www.heise.de/newsticker/meldung/98562>).

⁴ Vgl. Heise Newsticker v. 31. Dezember 2007 (<http://www.heise.de/newsticker/meldung/101159>).

⁵ Z.B. die Einfügung des § 160a StPO, der klarstellt, dass Ermittlungsmaßnahmen gegen bestimmte Berufsheimlichkeitsinhaber unzulässig sind (Absatz 1) bzw. einer besonderen Verhältnismäßigkeitsprüfung unterliegen (Absatz 2), wenn die Maßnahmen voraussichtlich Erkenntnisse erbringen, über die diese Personen das Zeugnis verweigern dürfen. Zu erwähnen ist hier auch der neue § 108 Abs. 3 StPO, der eine Bestimmung für Zufallsfunde bei Zeugnisverweigerungsberechtigten enthält.

dungsvorschriften⁷ geändert und die zentrale Zuständigkeitsbestimmung für gerichtliche Entscheidungen im Ermittlungsverfahren, § 162 StPO, angepasst.⁸

Ergänzt wurde aber auch § 110 StPO, der die Durchsicht von Papieren regelt. Er enthält nunmehr in einem neuen dritten Absatz eine Spezialregelung für den Zugriff auf Daten in Computernetzwerken. Auf diese Änderung und den daraus resultierenden Folgen für die Auslegung des § 110 StPO geht der nachfolgende Beitrag ein.

B. Problemaufriss – der Zugriff auf elektronisch gespeicherte Daten im Ermittlungsverfahren vor der Einfügung von § 110 Abs. 3 StPO

Geschaffen zu einer Zeit, zu der es elektronisch gespeicherte Daten noch nicht gab, enthielt die Strafprozessordnung auch nach dem Aufkommen von Computern im Privat- und Wirtschaftsleben lange Zeit keine ausdrücklichen Regeln dazu, wie Daten für ein Strafverfahren als Beweismittel gewonnen werden können. Die Praxis und die h.M. in der Literatur behalf sich schon relativ früh damit, dass sie die auf „Papiere“ bezogene Vorschrift des § 110 StPO auf alle Gegenstände ausdehnte, die menschliche Gedankenerklärungen oder sonstige Informationen verkörpern oder speichern. Der Begriff der Papiere umfasste nach ihrer Auslegung auch Filme, Bild- und Tonträger, Datenträger und Datenspeicher von Computern.⁹ Daneben wurden die auf körperliche Gegenstände bezogenen Beschlagnahmenvorschriften¹⁰ der §§ 94 ff. StPO auf elektronisch gespeicherte Daten erweiternd ausgelegt. Eher unproblematisch war dies schon von Anfang an für den Fall, dass die Daten auf körperlichen Gegenständen wie Bändern, Disketten, Festplatten u.Ä. gespeichert waren. In diesem Fall konnten die Datenträger ohne Schwierigkeiten dem Gegenstandsbegriff des § 94 StPO untergeordnet werden¹¹. Dies war auch folgerichtig. Auch bei klassischen Beweismitteln, wie Urkunden oder Tonaufzeichnungen, kommt es den Strafverfolgungsorganen nicht zwingend auf den Gegenstand als solchen an, sondern auf den in ihm verkörperten Informationswert.¹² Das BVerfG beanstandete diese erweiternde Auslegung

der §§ 94 ff., 110 StPO verfassungsrechtlich nicht.¹³ Auch im internationalen Vergleich ist ein solches Vorgehen bei der Auslegung überkommener Durchsuchungs- und Beschlagnahmenvorschriften nicht singular.¹⁴ So ließ auch der EGMR eine vergleichbare Vorgehensweise im österreichischen Recht in einer neueren Entscheidung zu Art. 8 EMRK zu.¹⁵ Der Begriff „law“ in Art. 8 Abs. 2 EMRK umfasst auch eine solche Auslegung des nationalen Prozessrechts durch die nationalen Gerichte.

Weitaus umstrittener war, ob die Beschlagnahmeregeln der §§ 94 ff. StPO auch auf Fälle anwendbar sind, in denen die Daten lediglich von vorhandenen Datenträgern im Durchsuchungsobjekt bzw. aus dort zugänglichen Netzwerken auf Datenträger der Strafverfolger kopiert wurden. Weil hier nicht die Datenträger selbst beschlagnahmt, sondern lediglich die Daten vervielfältigt werden, stellt sich die Frage, ob man auch darin eine Beschlagnahme sehen kann. Elektronische Daten als solche sind keine körperlichen Gegenstände und können damit für sich gesehen kein taugliches Objekt einer Sicherstellung insbesondere einer Beschlagnahme nach den §§ 94 ff. StPO sein.¹⁶ Das Kopieren der Daten auf einen Datenträger der Strafverfolgungsbehörden stellt keine körperliche Inbesitznahme der Daten dar, sondern schafft vielmehr physikalisch einen neuen Gegenstand als Verkörperung der elektronischen Daten im Herrschaftsbereich der Strafverfolgungsbehörde.¹⁷ Mit dieser Argumentation müsste man die elektronische Sicherstellung gestützt auf die §§ 94 ff. StPO verneinen. Bei strenger Auslegung würde dies dazu führen, dass immer die entsprechenden Speichergeräte beschlagnahmt werden müssten – mit allen negativen Folgen z.B. für die Arbeitsfähigkeit eines Unternehmens. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit muss man daher wohl auch die eine rein elektronische Sicherstellung als zulässige Minus-Maßnahme gegenüber der physischen Sicherstellung der Speichergeräte ansehen.¹⁸

Die soeben aufgezeigte Problematik besteht indessen nicht nur im Zeitpunkt der Beschlagnahme. Bereits bei der vorgelagerten Durchsuchung und der dazu gehörenden „Durchsicht der Papiere“ nach beschlagnahmefähigen

⁶ Zentrale Vorschrift ist hier nunmehr § 101 StPO.

⁷ Vgl. nunmehr § 477 Abs. 2 StPO zur Verwendung von personenbezogenen Daten in anderen Strafverfahren.

⁸ Nach Abs. 1 der Vorschrift erfolgt nunmehr eine Konzentration der gerichtlichen Zuständigkeit für Ermittlungsmaßnahmen am Sitz der Staatsanwaltschaft.

⁹ BGH StV 1988, 90; NStZ 2003, 670; SK/Wohlers, 55. Lfg. (im Erscheinen), § 110 Rn. 8 m.w.N.; LR/Schäfer, 25. Aufl., § 110 Rn. 4 f.; KK/Nack, 5. Aufl., § 110 Rn. 2; Meyer-Goßner, 50. Aufl., § 110 Rn. 1; Rengier NStZ 1981, 372, 376; Rogall GA 1985, 1, 19; Bär, Der Zugriff auf Computerdaten im Strafverfahren, 1992, S. 227 f.; Müller, Rechtsgrundlagen und Grenzen zulässiger Maßnahmen bei der Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen, 2003, S. 108.

¹⁰ Vgl. SK/Wohlers, (Fn. 9), § 94 Rn. 20 m.w.N.

¹¹ Vgl. BVerfG NStZ-RR 2003, 176, 177; LG Trier NStZ 2004, 223; LR/Schäfer, (Fn. 9), § 94 Rn. 27; KK/Nack, (Fn. 9), § 94 Rn. 4; Bär, (Fn. 9), S. 246 ff. a.A. Matzky, Zugriff auf EDV im Strafprozeß, 1999, S. 208 ff.

¹² SK/Wohlers, (Fn. 9), § 94 Rn. 24.

¹³ BVerfGE 113, 29, 50 = HRRS 2005 Nr. 549.

¹⁴ Vgl. für ein ähnliches Vorgehen in der Schweiz Schmid, Strafprozessrecht, 4. Aufl., Rn. 734; Aepli, Die Strafprozessuale Sicherstellung von elektronisch gespeicherten Daten, 2004, passim. In der kommenden Eidgenössischen Strafprozessordnung wird hingegen eine ausdrückliche Regelung erfolgen, vgl. Botschaft BBl. 2007, S. 1238.

¹⁵ Vgl. EGMR, V. Sektion, Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH vs. Austria, Urteil v. 16.10.2007, Nr. 74336/01, § 53 ff. (vorgesehen für die Februar-Ausgabe der HRRS als EGMR HRRS 2008 Nr. 72).

¹⁶ Vgl. Lemcke, Die Sicherstellung gem. § 94 StPO und deren Förderung durch die Inpflichtnahme Dritter als Mittel des Zugriffs auf elektronisch gespeicherte Daten, 1995, S. 20 ff.

¹⁷ Vgl. SK/Wohlers, (Fn. 9), § 94 Rn. 26.

¹⁸ Vgl. BVerfGE 113, 29, 50 ff. = HRRS 2005 Nr. 549 m. Anm. Rau WM 2006, 1281 und Kutzner NJW 2005, 2652; SK/Wohlers, (Fn. 9), § 94 Rn. 26 m.w.N.; LR/Schäfer, (Fn. 9), § 94 Rn. 28; Meyer-Goßner, (Fn. 9), § 94 Rn. 16a; Ciolek-Krepold, Durchsuchung und Beschlagnahme in Wirtschaftsstrafsachen, 2000, S. 357; Weber/Meckbach NStZ 2006, 492, 493 a.A. Bär, (Fn. 9), S. 266 ff.: „Sicherstellung auf andere Weise“.

gen Material, stellt sich die Frage, ob Papier i.S.d. § 110 StPO auch die über einen Computer im Durchsuchungsobjekt zugänglichen, rein elektronischen Netzwerkressourcen sein können. „Durchsuchen“ Strafverfolgungsbehörden ein solches Netzwerk, wird nicht zwingend auf einen im Durchsuchungsobjekt vorhandenen physischen Gegenstand zugegriffen, sondern auf eine virtuelle Darstellung von Ressourcen, welche sich z.B. bei Großunternehmen physisch auf der ganzen Welt verteilt befinden können. Vor der Ergänzung des § 110 StPO war hier unklar, ob und unter welchen Voraussetzungen ein solches Vorgehen zulässig war oder nicht. So wurde teilweise für die Räume in denen sich der entsprechende Server physisch befand auch ein Durchsuchungsbeschluss gefordert.¹⁹ Faktisch befürwortete man damit lediglich eine andere technische Zugriffsmöglichkeit, ohne vom Erfordernis der Körperlichkeit von Durchsuchungsgegenständen und eines auf sie bezogenen Durchsuchungsbeschlusses Abstand zu nehmen.

C. Die Modifikation des § 110 StPO zum 1. Januar 2008

Für den zuletzt aufgezeigten Problembereich der Computernetzwerke enthält § 110 Abs. 3 StPO nunmehr eine ausdrückliche Regelung. Der durch das „Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG“ in § 110 StPO eingefügte Absatz 3 lautet:

„(3) Die Durchsicht eines elektronischen Speichermediums bei dem von der Durchsuchung Betroffenen darf auch auf hiervon räumlich getrennte Speichermedien, soweit auf sie von dem Speichermedium aus zugegriffen werden kann, erstreckt werden, wenn andernfalls der Verlust der gesuchten Daten zu besorgen ist. Daten, die für die Untersuchung von Bedeutung sein können, dürfen gesichert werden; § 98 Abs. 2 gilt entsprechend.“

Mit der Regelung sollten nicht nur die bestehenden Probleme bei der Anwendung des § 110 Abs. 1 StPO auf Computernetzwerke gelöst werden²⁰, sondern auch Art. 19 Abs. 2 des „Übereinkommen über Computerkriminalität“ des Europarats (sog. Cybercrime-Konvention)²¹ umgesetzt werden.

I. Der Zweck des Absatz 3

Absatz 3 ergänzt die allgemeinen Bestimmung des § 110 Abs. 1 StPO, der die Durchsicht von Papieren regelt, die

¹⁹ So Bär CR 1995, 227, 228 f.; ders. (Fn. 9), S. 217 ff.; Matzky, (Fn. 11), S. 235 f.; wohl auch KK/Nack, (Fn. 9), § 94 Rn. 4: Beachtung von § 103.

²⁰ Vgl. BT-Drs. 16/5846, S. 27.

²¹ Sammlung der europäischen Verträge (SEV) Nr. 185. Im Internet in deutscher Sprache aufzufinden unter <http://conventions.coe.int/Treaty/GER/Treaties/Html/185.htm>. Daneben existiert noch eine umfangreiche Kommentierung (Explanatory Report) <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/185.htm>.

bei einer Durchsuchung beim Beschuldigten (§ 102 StPO), bzw. bei einem Dritten (§ 103 StPO), aufgefunden worden sind. Ursprünglich war die Durchsicht von Papieren aus Gründen des Persönlichkeitsschutzes und der Durchsetzung der Beschlagnahmeverbote nur dem Richter vorbehalten. Da nunmehr auch Ermittlungspersonen mit der Durchsicht betraut werden können, hat die Vorschrift ihren Schutzzweck verloren. Sie dient nur noch dazu, eine systemwidrige Beschlagnahme nicht verfahrensrelevanten Materials zu vermeiden²², indem sie die Durchsicht mitgenommener Papiere nach verfahrensbezogenen Informationen als Fortsetzung Durchsuchung qualifiziert.²³

Der neu eingefügte Absatz 3 dehnt nunmehr die auf körperliche Gegenstände bezogene Regelung des Absatzes 1²⁴ auf Computernetzwerke aus. Er lässt eine Durchsicht von Speichermedien nach verfahrensrelevanten Material zu, welche vom durchzusehenden Medium lediglich auf elektronischem Wege erreicht werden können, sich also nicht einmal im eigentlichen Durchsuchungsobjekt befinden müssen. Damit hebt er für einen Spezialfall das Erfordernis der Körperlichkeit²⁵ des Zugriffes der Strafverfolgungsbehörden auf den Durchsuchungsgegenstand auf.

Zum anderen macht die Vorschrift als Regelung für einen Spezialfall aber auch deutlich, dass sich der allgemeine Begriff der Durchsicht von Papieren nach Absatz 1 auch auf elektronische Datenträger beziehen muss. Die Regelungsweite der Vorschrift reicht damit weiter, als der ausdrückliche Wortlaut vermittelt. Die vormals bestehende Diskussion um den Papierbegriff dürfte damit einen gesetzgeberischen Abschluss gefunden haben.

II. Die Tatbestandsmerkmale des Absatz 3

Absatz 3 bezieht sich zunächst auf die Durchsuchung vor Ort. Die analog zu Absatz 1 verwendete Formulierung „bei dem von der Durchsuchung Betroffenen“ macht deutlich, dass sich die Durchsicht der Papiere regelmäßig anlässlich einer Durchsuchung i.S.d. §§ 102, 103 StPO vollzieht.

1. Was ist eine Durchsicht von Netzwerken und wann darf diese erfolgen?

a) Wie auch Absatz 1 spricht Absatz 3 von der Durchsicht. Diese dient der inhaltlichen Kenntnisaufnahme um zu entscheiden, ob aufgefundene Papiere als Beweismittel in Betracht kommen und deshalb richterlich zu beschlag-

²² Vgl. mit ausführlicher Kritik an den Änderungen des § 110: Schlegel GA 2007, 648, 661 f. m.w.N.

²³ BVerfG NSTz 2002, 377, 378; BGHSt 44, 265, 273; SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 6 m.w.N.; LR/Schäfer, (Fn. 9), § 110 Rn. 16.

²⁴ Vgl. die Nachweise bei Fn. 9.

²⁵ BVerfG NJW 2006, 976, 981 = BVerfGE 115, 166 = HRRS 2006 Nr. 235; BGH StV 2007, 115 = HRRS 2007 Nr. 197; SK/Wohlers, (Fn. 9), § 102 Rn. 2; LR/Schäfer, (Fn. 9), § 102 Rn. 1; KK/Nack, (Fn. 9), § 102 Rn. 1; Müller, (Fn. 9), S. 114 f.; Zöller GA 2000, 563, 572 f.; a.A.: Graf DRiZ 1999, 281, 285; Hofmann NSTz 2005, 121, 123.

nahmen oder aber dem Inhaber zurückzugeben sind.²⁶ Können hingegen Unterlagen bereits auf Grund des Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschlusses gezielt ausgesondert werden, so liegt kein Fall des § 110 StPO, sondern eine Beschlagnahme vor.²⁷ Bezogen auf Computernetzwerke bedeutet dies, dass auf den entsprechenden Speicherressourcen sowohl der Inhalt der jeweiligen Ablageordner (*directories*) wie auch der Inhalt der jeweiligen Dateien (*files*) zur Kenntnis genommen werden darf.

Grundsätzlich hat, wenn die Durchsuchung durch eine zur Durchsicht von Papieren befugte Person erfolgt²⁸, die Durchsicht an Ort und Stelle zu erfolgen. Die befugte Person hat die Dateien durchzusehen und zu entscheiden, welche nach den §§ 94 ff. StPO zu beschlagnahmen sind.²⁹ Nur dann, wenn dies z.B. wegen der großen Zahl nicht möglich ist, dürfen diese zur Durchsicht mitgenommen werden. Im Fall der Mitnahme von Computeranlagen liegt damit vielfach keine Beschlagnahme vor, sondern eine Durchsicht. Gleiches gilt, wenn eine vollständige Kopie der Datenspeicher erfolgt.³⁰

b) Obwohl Absatz 3 eine „Online“-Durchsuchung ermöglicht, d.h. den Zugriff auf Computersysteme erlaubt, die an ein Netzwerk angeschlossen sind, stellt die Vorschrift keine Regelung für die Art von Maßnahmen dar, die gemeinhin unter diesem Begriff diskutiert wird. Während es dort um die Frage des heimlichen Zugriffes auf Computersysteme geht³¹, ist Gegenstand der Regelung des neuen Absatz 3 allein der offene Zugriff. Zum einen ergibt sich dies aus den Gesetzgebungsmaterialien³², zum anderen aus der Systematik. Indem sich Absatz 3 auf den von der Durchsuchung Betroffenen bezieht, wird vorausgesetzt, dass bei diesem eine Durchsuchung i.S.d. §§ 102 ff. StPO stattfindet. Diese Art von Durchsuchungen sind indessen vom Grundsatz der Offenheit geprägt.³³ Daher kann § 110 Abs. 3 StPO jedenfalls nicht Grundlage für eine heimliche Online-Durchsuchung sein.³⁴

2. Wer ist berechtigt zur Durchsicht?

a) Absatz 3 benennt die Personen nicht, die zur Durchsicht der Datenträger befugt sind. Da die Vorschrift jedoch einen Sonderfall der Durchsicht der Papiere regelt, kann sie nicht weiter reichen, als dies die allgemeinen Bestimmungen der Absätze 1 und 2 vorsehen. Dementsprechend ist zur Durchsicht der Papiere, d.h. zur Kenntnisnahme ihres Inhalts, in erster Linie der Staatsanwalt befugt.³⁵ Dieser kann eine Durchsicht auf Grund der Änderungen durch das 1. JuModG auch auf Ermittlungspersonen (§ 152 GVG) übertragen. Dies dürfte in der Praxis wohl auch der Regelfall sein, war doch der

Beweggrund des Gesetzgebers für die Schaffung dieser Übertragungsregelung gerade, die meist nur bei der Polizei vorhandenen notwendigen technischen Einrichtungen und Kenntnisse zur Bearbeitung des entsprechenden Materials nutzen zu können.³⁶

Bei Papieren hat die Durchsicht grundsätzlich durch die zur Durchsicht befugte Person persönlich zu erfolgen. Probleme ergeben sich dann, wenn die Papiere in einer fremden Sprache abgefasst sind, oder ohne Spezialkenntnisse unverstänglich sind. In diesem Fall wird es für zulässig gehalten, dass auch Personen mit den entsprechenden Kenntnissen, wie Dolmetscher oder Sachverständige, hinzugezogen werden.³⁷ Dies kann jedoch nur unter zwei Voraussetzungen möglich sein: Zum einen darf ihnen nicht die Durchsicht in Eigenregie überlassen werden.³⁸ Absatz 1 nennt abschließend die Personen, die zur Durchsicht *berechtigt* sind, und ermöglicht nur eine Übertragung an Ermittlungspersonen. Zum anderen müssen diese Personen grundsätzlich unparteiisch und neutral sein.³⁹ Nichts anderes kann für die Durchsicht von Datenträgern gelten. Es ist daher unzulässig, Personen aus dem Lager des Anzeigerstatters oder, wie inzwischen teilweise im Bereich Urheberrechtsverstöße üblich von Lobby-Organisationen der betroffenen Industriezweige hinzuzuziehen.⁴⁰

b) Soweit eine Übertragung nicht erfolgt ist⁴¹, ist eine Durchsicht durch andere Personen entsprechend der Regelung des Absatzes 2 nur dann möglich, wenn der Inhaber die Durchsicht genehmigt⁴² (Abs. 2 S. 1). Fehlt es an einer Genehmigung, haben die Beamten nach Absatz 2 S. 2 die Papiere, deren Durchsicht sie für geboten erachten, in einem Umschlag, der in Gegenwart des Inhabers mit dem Amtssiegel zu verschließen ist, an die Staatsanwaltschaft abzuliefern. Bei klassischen Papieren dürfen sie die Entscheidung über die mitzunehmenden Papiere allein nach äußeren Merkmalen, wie z.B. Aufbewahrungsart, Beschriftung, Absender- oder Betreffangaben, treffen. Eine inhaltliche Sichtung – auch eine Grobsichtung – dürfen sie hingegen nicht vornehmen.⁴³ Übertragen auf elektronische Daten bedeutet dies, dass z.B. eine Dateiübersicht (*directory listing*), auch in Netzwer-

²⁶ OLG Frankfurt NStZ-RR 1997, 74; OLG Jena NJW 2001, 1290, 1293 m. abl. Anm. Hohmann wistra 2001, 196; SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 1 m.w.N.

²⁷ SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 1 m.w.N.

²⁸ Vgl. zum Sonderfall unten 2 b.).

²⁹ Vgl. zu Papieren Müller, (Fn. 9), S. 101.

³⁰ Ciolek-Krepold, (Fn. 18), Rn. 150

³¹ Vgl. umfassend Buermeier HRRS 2007, 154 ff. und 329 ff. m.w.N.

³² Vgl. BT-Drs. 16/5846, S. 64.

³³ Vgl. die Nachweise bei Fn. 25.

³⁴ Vgl. SK/Wohlers, (Fn. 9), § 102 Rn. 15.

³⁵ SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 12.

³⁶ Vgl. BR-Drs. 378/03, S. 56.

³⁷ OLG Bremen wistra 1999, 74; SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 13 m.w.N.; LR/Schäfer, (Fn. 9), § 110 Rn. 8; KK/Nack, (Fn. 9), § 110 Rn. 4; Meyer-Goßner, (Fn. 9), § 110 Rn. 3; Mahnkopf/Funk NStZ 2001, 519.

³⁸ LG Kiel NStZ 2007, 169 m. zust. Anm. Wehnert JR 2007, 82.

³⁹ OLG Hamm NStZ 1986, 326; OLG Bremen wistra 1999, 74; Ciolek-Krepold (Fn. 18) Rn. 148

⁴⁰ Vgl. LG Kiel NStZ 2007, 169 m. zust. Anm. Wehnert JR 2007, 82.

⁴¹ Praktisch bedeutsam dürfte das auch nach der Änderung des § 110 Abs. 1 für Fälle der Durchsuchung durch Polizeibeamte bei Gefahr im Verzug sein.

⁴² Vgl. Zu den Einzelheiten der an sich überflüssigen Regelung SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 15.

⁴³ Vgl. OLG Celle StV 1985, 137, 139; SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 17 m.w.N.; LR/Schäfer, (Fn. 9), § 110 Rn. 11; KK/Nack, (Fn. 9), § 110 Rn. 5; Meyer-Goßner, (Fn. 9), § 110 Rn. 4; a.A. Roxin, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl., § 35 Rn. 46; Müller, (Fn. 9), S. 105 f.

ken, angezeigt werden darf. Ein Öffnen der entsprechenden Dateien muss hingegen ausscheiden.⁴⁴

In diesem Zusammenhang ist fraglich, inwieweit die Sicherungsregelung („Umschlag“) des Absatzes 2 in Fällen des Absatzes 3 anwendbar ist. Wenn man den Papierbegriff des Absatzes 1 untechnisch versteht, kann für den Begriff des Umschlages nichts anderes gelten. Das bedeutet, die elektronischen Daten sind so zu „verpacken“, dass sie der Kenntnisnahme durch Dritte entzogen sind und versiegelt werden können. Bei elektronischen Daten sind demnach z.B. die (ggf. anzufertigenden) Datenträger in geeignete Behälter einzulegen bzw. bei Festeinbauten die sicherzustellenden elektronischen Geräte durch Siegelung der Bedienelemente oder der Stromversorgung gegen unbefugte Kenntnisnahme zu sichern.⁴⁵ Im Grundsatz sind die im Zusammenhang mit der Sicherstellung von Daten bestehenden Probleme somit lösbar.

3. Der Begriff der räumlich getrennten Speichermedien

a) Nach Absatz 3 darf von einem Speichermedium auf ein anderes, räumlich getrenntes elektronisches Speichermedium zugegriffen werden. Der vom Gesetzgeber gewählte Begriff des „Speichermediums“ ist unglücklich. Regelmäßig haben Speichermedien wie DVDs, USB-Speichersticks oder Festplatten keine eigene Programmlogik, die es ermöglicht, von ihnen auf andere Geräte zuzugreifen. Der Begriff kann nach Sinn und Zweck daher nur so verstanden werden, dass als „Speichermedium von dem zugegriffen wird“ ebenso wie das Speichermedium auf das zugegriffen wird, ein Computersystem zu verstehen ist. Bei einem solchen handelt es sich um ein programmierbares System mit Eingabe-, Ausgabe- und Speichermöglichkeiten⁴⁶. Dafür spricht auch die Gesetzesbegründung, die den Begriff des Computersystems ausdrücklich verwendet⁴⁷ und das mit der Einfügung des Absatzes 3 verfolgte Ziel, Art. 19 Abs. 2 des Übereinkommens über die Computerkriminalität umzusetzen, der ausdrücklich diesen Begriff als *terminus technicus* verwendet.⁴⁸

b) Der Zugriff darf von einem Speichermedium auf ein anderes „räumlich getrenntes Speichermedium“ erfolgen. Auch diese Formulierung hat ihre Grundlage in Art. 19

Abs. 2 der Cybercrime-Konvention, der von einem „anderen System“ spricht.⁴⁹ „Räumlich getrennt“ kann daher nur so verstanden werden, dass davon alle Speichermedien erfasst sind, die nicht unmittelbar an das zu durchsuchende Speichermedium angeschlossen sind, d.h. ein *anderes System* darstellen und die sich zumindest nicht im gleichen Raum befinden. Dabei kann es jedoch nicht darauf ankommen, ob sich diese Systeme im gleichen (Haus-)Durchsuchungsobjekt befinden oder nicht.

4. Das Ziel der Durchsicht – elektronische Daten

a) Arten von Daten

aa) Der Wortlaut enthält keine Einschränkung der Daten auf die zugegriffen werden darf. Grundsätzlich darf daher auf alle Dateien zugegriffen werden, welche über das entsprechende Gerät erreichbar sind.

Stellte der Entwurf noch darauf ab, dass der Betroffene den Zugang zu gewähren berechtigt sein muss⁵⁰, wurde diese Regelung nicht Gesetz. Begründet wurde die geplante Einschränkung damit, dass sich der Abruf sonst als heimliche Maßnahme für denjenigen darstellen könnte, in dessen Gewahrsam die online zugänglichen Daten gespeichert sind, wie z.B. der Arbeitgeber bei Telearbeitsplätzen.⁵¹ Freilich hätte sie erhebliche praktische Probleme mit sich gebracht. Man hätte schwierige Abklärungen über die entsprechenden Befugnisse des Betroffenen treffen müssen und vor allem wäre die Regelung leer gelaufen, wenn ein entsprechendes Verbot für den Zugriff weiterer Personen zwischen Betroffenen und Dritten vereinbart worden wäre.⁵²

Auf Grundlage der schlussendlich Gesetz gewordenen Formulierung, gelten daher auch im Fall des Fernzugriffs auf Daten die allgemeinen Grundsätze der Durchsicht von Papieren, welche mit denen der Durchsicht identisch sind.⁵³ Entscheidend sind daher nicht die Eigentums-, sondern die Gewahrsamsverhältnisse.⁵⁴ Besteht Mitgewahrsam bedeutet das nach herrschender Meinung, dass Eingriffsgrundlage für die Durchsicht von Sachen, die im Mitgewahrsam eines Verdächtigen und eines Nichtverdächtigen stehen, nicht § 103 StPO, sondern vielmehr § 102 StPO ist.⁵⁵ Daten von Dritten, auf die der Betroffene zugreifen kann, dürfen daher durchgesehen werden.

⁴⁴ SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 17; Müller, (Fn. 9), S. 109 f. a.A. wohl Bär, (Fn. 9), S. 229

⁴⁵ SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 18.

⁴⁶ Vgl. Convention on Cybercrime - Explanatory Report (Fn. 21), Rn. 23.

⁴⁷ BT-Drs. 16/5846, S. 27.

⁴⁸ Vgl. Art. 19 Abs. 2: „Jede Vertragspartei trifft die erforderlichen gesetzgeberischen und anderen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass ihre Behörden, wenn sie ein bestimmtes *Computersystem* oder einen Teil davon nach Absatz 1 Buchstabe a durchsuchen oder in ähnlicher Weise darauf Zugriff nehmen und Grund zu der Annahme haben, dass die gesuchten Daten in einem anderen *Computersystem* oder einem Teil davon im Hoheitsgebiet der betreffenden Vertragspartei gespeichert sind, und diese Daten von dem ersten System aus rechtmäßig zugänglich oder verfügbar sind, die Durchsichtung oder den ähnlichen Zugriff rasch auf das andere System ausdehnen können.“ (H.d.V.).

⁴⁹ Vgl. Art. 19 Abs. 2: „[...] dass ihre Behörden, wenn sie ein bestimmtes *Computersystem* oder einen Teil davon nach Absatz 1 Buchstabe a durchsuchen oder in ähnlicher Weise darauf Zugriff nehmen [...] die Durchsichtung oder den ähnlichen Zugriff rasch auf das *andere System* ausdehnen können.“ (H.d.V.).

⁵⁰ Vgl. BT-Drs. 16/5864, S. 64.

⁵¹ Vgl. nunmehr die über den Rechtsschutz gefundene Lösung unten D.

⁵² BT-Drs. 16/6979, S. 66

⁵³ SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 7.

⁵⁴ SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 7 m.w.N.; KK/Nack, (Fn. 9), § 110 Rn. 3; Meyer-Gößner, (Fn. 9), § 110 Rn. 1.

⁵⁵ BGH NSTZ 1986, 84, 85; LR/Schäfer, (Fn. 9), § 102 Rn. 37, 39; a.A. HK/Lemke § 102 Rn. 12; differenzierend bei Unternehmen SK/Wohlers, (Fn. 9), § 102 Rn. 12.

bb) Dies bedeutet jedoch nicht, dass damit eine uferlose Weite staatlicher Informationseingriffe möglich wäre, solange nur vom System des Betroffenen auf diese Daten zugegriffen werden kann. Vielmehr ist die Durchsuchung auf das erforderliche Maß zu begrenzen. Daher muss die Durchsicht nicht zwingend auf alle vorhandenen Papiere erstreckt werden⁵⁶ und sie ist zu beenden, wenn erkennbar wird, dass sie zu keinem Ergebnis führen wird.⁵⁷ Wenn daher auf Grund der zu untersuchenden Straftat sicher ist, dass eine Durchsuchung des Computersystems des Beschuldigten keine Ergebnisse bringen wird, muss diese unterbleiben.⁵⁸ Gleichfalls scheidet eine Durchsicht von vornherein aus, wenn die entsprechenden Papiere eindeutig allein unbeteiligten Dritten zugeordnet werden können.⁵⁹

cc) Einschränkungen ergeben sich auch bei beschlagnahmefreien Papieren. Nach dem gleichfalls neu eingefügten § 160a StPO sind Zwangsmaßnahmen wie Durchsuchungen und Durchsichten i.S.d. § 110 StPO bei bestimmten Berufsgeheimnistägern (und deren Gehilfen) unzulässig, wenn sie dem Ziel dienen, Gegenstände aufzufinden, auf die sich das Zeugnisverweigerungsrecht bezieht (§ 160a Abs. 1, 3 StPO i.V.m. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 2 oder Nr. 4⁶⁰ § 53a StPO) bzw. unterliegen diese Maßnahmen einer besonderen Verhältnismäßigkeitsprüfung (§ 160a Abs. 2, 3 StPO i.V.m. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 bis 3b oder Nr. 5⁶¹, § 53a StPO). Wird die Durchsuchung nicht geführt, um beschlagnahmefreie Papiere aufzufinden, dann ist eine Durchsicht der *aufgefundenen* Papiere jedenfalls insoweit zulässig, wie sie nicht eindeutig als beschlagnahmefreie Papiere zu erkennen sind.⁶² Dabei ist jedoch zu vermeiden, dass von solchen Papieren, werden sie aufgefunden, Kenntnis genommen wird. So kann bei elektronischen Datenbeständen bei Berufsgeheimnistägern auf besonders geschützte Informationen Rücksicht genommen werden, indem eine automatisierte Suche erfolgt.⁶³

dd) Nicht in den Regelungsbereich des Absatz 3 fallen Daten, die allgemein öffentlich zugänglich sind. Denn auch Papiere, bei denen ein geheimhaltungsbedürftiger

Inhalt von vornherein ausgeschlossen ist, wie Bücher, Tageszeitungen, Kunstwerke⁶⁴ oder Urkunden, die zur Vorlage bei Behörden bestimmt sind, werden als von § 110 StPO nicht erfasst angesehen.⁶⁵ Solche Daten dürfen ohne Beachtung der Voraussetzungen des § 110 StPO gesichert werden.

b. „...soweit auf sie von dem Speichermedium aus zugegriffen werden kann...“

Ein Zugriff auf die sich auf einem anderen System befindlichen Daten ist nur zulässig, *soweit* von dem System des von der Durchsuchung Betroffenen aus auf diese *zugegriffen werden kann*. Das bedeutet, das System des von der Durchsuchung Betroffenen muss so konfiguriert sein, dass allein auf Grund seiner *aktuellen Konfiguration*, eine Erweiterung der Durchsicht auf andere, daran über ein Netzwerk angeschlossene, unabhängige Computersysteme ausgedehnt werden kann. Ein Beispiel hierfür wäre ein auf dem durchzusehenden System installiertes E-Mail-Programm, in dem die Passwörter gespeichert sind. Hier können ohne weitere Eingabe über ein Netzwerk (z.B. das Internet) von einem anderen System, nämlich dem System des E-Mail-Providers, Daten (E-Mails) abgerufen werden und damit die Durchsicht auf ein anderes System ausgedehnt werden. Das System des Betroffenen ist somit auch der Schlüssel zu den Systemen Dritter.

Zulässig dürfte es gleichfalls sein, ein beim Betroffenen aufgefundenen Passwort einzugeben, werden hier doch letztlich Informationen aus der Durchsicht aller beim Betroffenen vorhandenen „Papiere“ lediglich verknüpft.

5. Die Sicherung von Daten mit Bedeutung für die Untersuchung

a) Daten, die für die Untersuchung von Bedeutung sein können, dürfen nach Absatz 3 S. 2 auch aus einem Netzwerk gesichert werden. Der Wortlaut der Vorschrift entspricht insoweit dem des § 94 StPO, wobei es dort um die Frage der Bedeutung als *Beweismittel* geht. Bei § 94 StPO liegt eine Beweisbedeutung schon dann vor, wenn, aus einer Perspektive *ex ante* betrachtet⁶⁶, ernsthaft anzunehmen ist, dass er zur Förderung des verfahrensrelevanten Erkenntnistandes beitragen kann.⁶⁷ § 110 Absatz 3 StPO greift jedoch schon zu einem Zeitpunkt, in dem es erst darum geht, festzustellen, ob die zu durchsuchenden Papiere einen Inhalt mit Beweisbedeutung haben. Der Begriff der *Bedeutung für die Untersuchung* kann daher jedenfalls nicht enger sein, als der ohnehin sehr weit reichende Begriff der potentiellen Beweisbedeutung i.S.d. § 94 StPO.

b) Die Sicherung von Daten erfolgt auf Datenträger der Strafverfolgungsbehörde. Eine Sicherung über ein Netzwerk wie das Internet auf die Systeme der Strafverfol-

⁵⁶ SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 20 a.A. *Schaeffgen* BB 1979, 1498.

⁵⁷ BGH CR 1999, 292; StV 1988, 90; LG Frankfurt StV 1997, 179; SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 20; LR/Schäfer § 110 Rn. 12; Müller, (Fn. 9), S. 101.

⁵⁸ Vgl. auch BVerfG StV 2006, 676 = HRRS 2006 Nr. 808 zum Fall des Einsatzes eines Drogenspürhundes bei der Suche nach einer Tatwaffe.

⁵⁹ LG Saarbrücken NStZ 1988, 424; Müller, (Fn. 9), S. 103,

⁶⁰ Geistliche, Verteidiger und Abgeordnete.

⁶¹ Rechtsanwälte, Patentanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Steuerberater und Steuerbevollmächtigte, Ärzte, Zahnärzte, Psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Apotheker und Hebammen, Mitglieder oder Beauftragte einer anerkannten Schwangerschafts- oder Drogenberatungsstelle oder Journalisten.

⁶² BVerfG NStZ 2002, 377, 378; SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 21 m.w.N.; LR/Schäfer, (Fn. 9), § 110 Rn. 1, 13; Meyer-Goßner, (Fn. 9), § 110 Rn. 2.

⁶³ BVerfGE 113, 29, 60 f. = HRRS 2005 Nr. 549 m. Anm. *Kutzner* NJW 2005, 2652 und *Rau* WM 2006, 1281; vgl. auch EGMR im Fall *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH vs. Austria* (Fn. 15).

⁶⁴ LR/Schäfer, (Fn. 9), § 110 Rn. 4; KK/Nack, (Fn. 9), § 110 Rn. 3; Meyer-Goßner, (Fn. 9), § 110 Rn. 1.

⁶⁵ SK/Wohlers, (Fn. 9), § 110 Rn. 11.

⁶⁶ Vgl. LR/Schäfer, (Fn. 9), § 94 Rn. 23, 30

⁶⁷ BVerfG StV 1999, 183, 183/184; BGHSt 41, 363, 364; SK/Wohlers, (Fn. 9), § 94 Rn. 28 m.w.N.; LR/Schäfer, (Fn. 9), § 94 Rn. 30; Meyer-Goßner, (Fn. 9), § 94 Rn. 6.

gungsbehörden dürfte zulässig sein, solange dies durch einen Durchsichtsberechtigten erfolgt, da hier die Siegelungsvorschriften des Absatz 2 nicht gelten.⁶⁸

III. Absatz 3 als „Schlüssel“ für den erleichterten Zugriff auf Daten bei Dritten?

Fraglich ist, ob man Absatz 3 einen allgemeinen Grundsatz entnehmen kann, der besagt, dass alle Daten, die über das System des von der Durchsicht Betroffenen *abstrakt* abrufbar sind, nötigenfalls auch unmittelbar bei Dritten durchgesehen werden dürfen. Es geht also darum, ob es unter Hinweis auf Absatz 3 zulässig ist, sich unmittelbar an den Dritten zu wenden und dort die gewünschten Informationen zur Durchsicht herauszuverlangen oder gar zu beschlagnahmen, wenn ein Abruf der Daten zum Zeitpunkt der Durchsicht nicht möglich ist, davor aber einmal möglich war. Bedeutsam wird diese Frage immer dann, wenn für einen direkten Zugriff auf die Daten beim Dritten besondere Eingriffsvoraussetzungen oder -hindernisse bestehen, wie z.B. bei Telekommunikationsdaten⁶⁹ oder bei Berufsheimnisträgern⁷⁰.

So ist zwar nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Fall *Bargatzky*, der Zugriff auf E-Mails, die auf dem Endgerät des Betroffenen gespeichert sind, nicht an Art. 10 GG zu messen.⁷¹ Befinden sich diese E-Mails indessen beim nicht beschuldigten Telekommunikationsanbieter so scheidet ein strafprozessualer, (heimlicher) Online-Zugriff gestützt auf § 102 StPO ebenso aus⁷², wie eine offene Beschlagnahme nach § 94 StPO⁷³ oder ein Herausgabeverlangen gestützt auf § 95 StPO⁷⁴ oder die Regeln über die Postbeschlagnahme, §§ 99 f. StPO.⁷⁵ Grundlage eines strafprozessualen Vorgehens können hier allein die §§ 100 a f. StPO sein⁷⁶. Denn auch wenn die E-Mail beim Provider zum Abruf gespeichert ist, handelt es sich doch weiterhin um einen telekommunikationsbasierten Übermittlungsvorgang und geht es weiterhin um das besondere Vertrauen in den Provider als Übermittlungsperson⁷⁷, so dass die bereichsspezifischen Eingriffsvoraussetzungen der Telekommunikationsüberwachung anzuwenden sind.

Nun könnte man Absatz 3 dahingehend interpretieren, dass der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift auch deutlich

machen wollte, dass diejenigen Daten bei Dritten, die über das Endgerät des Durchsuchungsbetroffenen abgerufen werden können, lediglich an den Anforderungen zu messen sind, die für die Durchsicht beim Betroffenen gelten. Folge wäre, dass Sonderregelungen zum Schutz bestimmter Daten bei Berufsheimnisträgern ausgehebelt wären, solange ein Online-Zugriff für den Kunden oder Mandanten dieser Berufsheimnisträger möglich ist.

Für das Beispiel der E-Mail beim Provider wäre die bereichsspezifische, straftatenbezogene Hürde des § 100a StPO damit faktisch abgeschafft. Es wäre nur erforderlich abzuwarten, bis die E-Mail beim Provider „zur Ruhe gekommen“ ist. Dies hätte zur Folge, dass ein Zugriff auf E-Mail-Kommunikation auch bei leichten Straftaten zulässig ist, da auch in diesen Fällen die Durchsicht nach § 102 StPO für zulässig gehalten wird.⁷⁸ Gleiches gilt bei Ordnungswidrigkeiten.⁷⁹ Zwar hat die Rechtsprechung bei letzteren⁸⁰ und bei Bagatellkriminalität⁸¹ teilweise Durchsuchungen für unzulässig gehalten, dies jedoch nicht im Grundsatz⁸², sondern nur aus Gründen der Verhältnismäßigkeit *im Einzelfall*.

Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber diese Folge beabsichtigte, als er den Absatz 3 einfügte. Es sollte lediglich eine Regelung geschaffen werden, die es den Strafverfolgungsbehörden ermöglicht, im Durchsuchungsobjekt vorhandene Zugriffsmöglichkeiten („so weit“) zu nutzen. Absatz 3 enthält damit lediglich eine § 108 StPO vergleichbare Bestimmung: Während es dort darum geht, dass die Strafverfolgungsbehörden vor *Zufallsfunden*, die auf andere Straftaten hindeuten nicht gleichsam „bewusst die Augen verschließen müssen“⁸³, geht es bei § 110 Abs. 3 StPO darum, dass vor einer erleichterten *Zugriffsmöglichkeit* auf weitere Informationen unter Verwendung des Durchsuchungsgegenstands nicht „die Augen verschlossen“ werden müssen. Den Absatz 3 innewohnenden Zufallscharakter verdeutlicht auch die Einschränkung „wenn andernfalls der Verlust der gesuchten Daten zu besorgen ist“. Diese Einschränkung, die eigentlich nicht in Satz 1 d.h. bei der Regelung der Durchsicht zu erwarten gewesen wäre, sondern bei Satz 2, bei dem es um die Sicherstellung der verfahrensrelevanten Daten geht, ist nur dann sinnvoll, wenn man den praktischen Fall vor Augen hat, in dem überraschend Anhaltspunkte *für eine Netzwerkdatenablage* gefunden werden und die Gefahr besteht, dass der Betroffene vor einer Sicherstellung vor Ort diese *Ablage* leerräumen wird.

Dass es im Hinblick auf die Systematik der Durchsuchungsvorschriften folgerichtig ist, so zu verfahren, zeigt auch ein Vergleich mit der neu eingefügten Regelung des

⁶⁸ Vgl. oben C. II. 2 b).

⁶⁹ Man denke hier z.B. an Einzelverbindungsanzeige bei Telefondiensteanbietern, die für den Betroffenen online abrufbar sind.

⁷⁰ Hier wäre z.B. an individuelle elektronische Mandanteninformationen zu denken.

⁷¹ BVerfG NJW 2006, 976 = BVerfGE 115, 166 = HRRS 2006 Nr. 235.

⁷² Vgl. SK/Wohlers, (Fn. 9), § 102 Rn. 16; a.A. wohl Weiler, GS Meurer, S. 401 f.

⁷³ Vgl. SK/Wohlers, (Fn. 9), § 94 Rn. 27.

⁷⁴ Dieses ist nur bei Gegenständen der vorbezeichneten Art, d.h. i.S.d. § 94 beschlagnahmefähigen zulässig, vgl. SK/Wohlers, (Fn. 9), § 95 Rn. 6 f.

⁷⁵ Vgl. umfassend Schlegel HRRS 2007, 44 ff. m.w.N.

⁷⁶ Vgl. BGH StV 1997, 398 mit krit. Anm. Bär CR 1996, 490 sowie abl. Bespr. Palm/Roy NJW 1997, 1904 f.

⁷⁷ Vgl. BVerfG NJW 2006, 976, 978 = BVerfGE 115, 166 = HRRS 2006 Nr. 235 und zu diesem Argument Schlegel HRRS 2007, 44, 48.

⁷⁸ Vgl. BVerfGE 5, 56, 58; LR/Schäfer, (Fn. 9), § 105 Rn. 34.

⁷⁹ Vgl. BVerfG HRRS 2005 Nr. 313.

⁸⁰ Vgl. grundlegend zu Verkehrsordnungswidrigkeiten EGMR v. 28.4.2005, Buck vs. Germany, § 52 = StV 2006, 561, 564 = HRRS 2005 Nr. 418 m. Anm. Dürr JuS 2007, 369.

⁸¹ Vgl. z.B. BVerfG NJW-RR 2005, 1289 bei einem Tatverdacht der Unterschlagung eines wohl wertlosen Schreibens.

⁸² Vgl. aber SK/Wohlers, (Fn. 9), § 102 Rn. 34; Walther StV 1991, 14, 15 f., welche dies fordern.

⁸³ SK/Wohlers, (Fn. 9), § 108 Rn. 4; Beulke, Strafprozessrecht, 9. Aufl., Rn. 256.

§ 160a StPO, die das Vorgehen gegen Zeugnisverweigerungsberechtigte regelt.⁸⁴ Befinden sich die interessierenden Gegenstände nicht mehr beim Zeugnisverweigerungsberechtigten, kann zum einen um sie aufzufinden eine Durchsuchung und zum anderen eine Beschlagnahme angeordnet werden, § 98 Abs. 2 StPO. Der Betroffene, der diese Gegenstände aus dem Bereich des Zeugnisverweigerungsberechtigten entfernt, wird daher grundsätzlich nicht mehr geschützt. Eine ähnliche Lage besteht auch für den Fall, in dem der Betroffene sein Endgerät so konfiguriert hat, dass ohne Probleme Dritte darüber auf bestimmte Netzwerkressourcen zugreifen können. Auch hier hat er durch diese Konfiguration den Zugriff für die Strafverfolgungsbehörden bei einer Durchsuchung erst ermöglicht.

Absatz 3 ermöglicht somit nur dann einen Zugriff auf Daten bei einem Dritten, wenn diese über das Endgerät des Betroffenen auf Grund der konkreten Konfiguration erreichbar sind. Hier dürfen die Daten aktiv „online“ abgerufen und durchgesehen werden. Ist das nicht möglich, kann ein Zugriff auf diese Informationen nur unter Beachtung der einschlägigen bereichsspezifischen Eingriffsvoraussetzungen erfolgen.

D. Rechtsschutz

Absatz 3 verweist auf § 98 Abs. 2 StPO. Nach dieser Vorschrift soll der Beamte, der einen Gegenstand ohne gerichtliche Anordnung beschlagnahmt hat, binnen drei Tagen die gerichtliche Bestätigung beantragen, wenn bei der Beschlagnahme weder der davon Betroffene noch ein

⁸⁴ Vgl. oben C. II. 4. a) cc).

erwachsener Angehöriger anwesend war oder wenn der Betroffene und im Falle seiner Abwesenheit ein erwachsener Angehöriger des Betroffenen gegen die Beschlagnahme ausdrücklichen Widerspruch erhoben hat.

Der Verweis soll insbesondere einen betroffenen Dritten schützen, der damit die Gelegenheit erhält, bei einem Zugriff auf seine Daten Rechtsschutz zu erhalten.⁸⁵ Zuständig ist nach der Änderung des § 162 StPO solange die öffentliche Klage noch nicht erhoben ist, das Gericht am Sitz der Staatsanwaltschaft. Ist die öffentliche Klage erhoben, entscheidet das damit befasste Gericht. Der Betroffene kann den Antrag auch bei dem Amtsgericht einreichen, in dessen Bezirk die Beschlagnahme stattgefunden hat; dieses leitet den Antrag dem zuständigen Gericht zu. Nach § 110 Abs. 3 i.V.m. § 98 Abs. 2 S. 4 StPO ist der Drittbetroffene über seine Rechte zu belehren.

E. Zusammenfassung

Die in Absatz 3 eingefügte Vorschrift enthält explizit eine sinnvolle Klarstellung, wie mit Daten umgegangen werden soll, die anlässlich einer Durchsicht von Computern in einem Netzwerk festgestellt werden. Implizit schafft sie nunmehr eine Regelung, anhand der der Papierbegriff des § 110 Abs. 1 StPO zeitgemäß aus dem Wortlaut des Gesetzes heraus interpretiert werden kann. Darüber hinaus stellt die Vorschrift aber kein Einfallstor dar, das der Beseitigung des Schutzes von Informationen des Durchsuchungsbetroffenen bei Dritten dient, solange das zu durchsuchende Endgerät nicht selbst der technische „Schlüssel“ zu diesen Daten ist

⁸⁵ Vgl. BT-Drs. 16/6979, S. 66.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Grote, Rainer; Marauhn, Thilo. EMRK/GG – Konkordanzkommentar; Gesamtedition Konstantin Meljnik, 1922 Seiten, XVIII, 269 €, ISBN 978-3-16-148176-5, Mohr Siebeck, Tübingen 2006.

Es ist kein Geheimnis, dass der effektive Grundrechtsschutz auch in Deutschland nicht mehr nur auf das nationale Verfassungsrecht und damit nicht mehr allein auf das Grundgesetz gestützt werden kann. Nach der Rechtsprechung des BVerfG sind die europäischen Maßstäbe insbesondere der EMRK bei der Auslegung des Grundgesetzes zu berücksichtigen. Verurteilungen auch Deutschlands durch den EGMR zeigen – vgl. in dieser Ausgabe etwa den Fall *Mooren v. Deutschland*, HRRS 2008 Nr. 1 –, dass dabei insbesondere im Strafverfahrensrecht Fortentwicklungen möglich sind: Die entwicklungs offene EMRK enthält nicht nur bloße Mindestgarantien, sondern sie ist auf einen effektiven und damit auf einen qualitativ überzeugenden menschenrechtlichen Standard ausgerichtet (vgl. dazu m.w.N. *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK, 2007, S. 103 ff., 134 ff., 213 ff.). Geht es um Europarecht im engeren Sinne ist die Bedeutung originär europäischer Grundrechte von vornherein gegeben. Hier müssen sich nationale Grundrechte überhaupt erst als anwendbar legitimieren, was praktisch dazu führt, dass sie als effektive Maßstäbe verblassen. Soll ein Grundrechtsschutz im Kontext des Europarechts effektiv sein, muss er originär europäisch ansetzen, damit er nicht vorschnell mit dem Argument einer vermeintlich zu individualistischen oder zu nationalen Sicht der Dinge verworfen werden kann.

Vor diesem Hintergrund ist mit dem Konkordanzkommentar von *Grote/Marauhn* ein Werk anzuzeigen, das in seiner Anlage beispiellos ist. Das Werk im wahrsten Sinne des Wortes umfasst 1922 Seiten und kann schon daher nicht im Detail besprochen werden. Die grundlegende Leistung des Konkordanzkommentars besteht darin, dass er die im deutschen und europäischen Recht existierenden Grundrechtsgarantien erstmals in dieser umfassenden Form vergleichend aufarbeitet und materialreich darstellt. Primär von der EMRK ausgehend wird damit jeweils nach Aufarbeitung der deutschen und der europäischen Quellen formuliert, welcher Standard heute zu einem bestimmten Grundrecht in Deutschland besteht. Unterschiede und Gemeinsamkeiten werden so deutlich; Schwächen der Konventionsmaßstäbe werden ebenso wie diejenigen der bisherigen Grundgesetzesauslegung offen gelegt. Es wird gezeigt, wo und wie die Konventionsmenschenrechte auf deutsches (Verfas-

sungs-)Recht besonders stark einwirken (müssten). Gleichsam „nebenbei“ wurde so auch eine aktuelle und innovative Kommentierung der Grundrechte des Grundgesetzes einschließlich seiner Justizgrundrechte geschaffen.

Dem Nutzer des Kompendiums wird zunächst ein über 400 Seiten umfassender *erster* Einleitungsteil an die Hand gegeben, in dem allgemeine Strukturen des europäischen und des deutschen Grundrechtsschutzes dargestellt werden. So wurde gleichsam ein „Allgemeiner Teil“ des europäischen und des europäisierten Grundrechtsschutzes in Deutschland erstellt, der insbesondere bei der Analyse der Konventionsinterpretation durch *Cremer* zu beeindrucken weiß. Auch die Ausführungen von *Giegerich* zur Wirkung und zum Rang der EMRK im deutschen Recht sind weiterführend und lesenswert. Sie betonen zu Recht, dass Deutschland nicht nur von einem (hegemonial wirkenden) Grundrechtsexport in die EU, sondern auch von einem Import europäischer Menschenrechtsstandards profitieren kann (vgl. Kap. 2 Rn. 75). An diesen „Allgemeinen Teil“ schließt sich der *zweite Teil* des Werkes an. Er macht den Hauptteil aus. In ihm werden auf über 1100 Seiten in 20 Kapiteln vergleichend die einzelnen Gewährleistungen von EMRK und GG erläutert. Dabei finden sich auch unmittelbar strafrechtlich bedeutsame Ausführungen. Zum Beispiel wird zum Recht auf Leben von *Alleweldt* vertreten, dass Art. 2 II lit. a EMRK auch die private Notwehr beschränke (Aus Sicht des Rezensenten bleibt die gegebene Begründung für die erforderliche Zurechnung des privaten Handelns zum Staat freilich angreifbar). Im abschließenden *dritten Teil* des Kompendiums werden die Mechanismen zur Durchsetzung der Garantien von EMRK und GG auf knapp 300 Seiten behandelt. Insbesondere finden sich hier eingehende Darstellungen der Klageverfahren vor dem EuGH und der Individualbeschwerde gemäß Art. 34 EMRK. Ein Register zu den wichtigsten Entscheidungen von EGMR, BVerfG und EKMR ist einschließlich eines Fundstellenverzeichnisses aufgenommen. Ein ausführliches Sachverzeichnis rundet das empfehlenswerte, freilich aber auch teure Werk ab.

Der Kommentar ist hierbei auch und gerade für Strafrechtler empfehlenswert, genauer gesagt für das Strafverfahrensrecht besonders bedeutsam: Die im Vergleich zum Grundgesetz höhere Dichte an strafverfahrensrechtlichen Garantien in der EMRK führt dazu, dass die Verfahrensgarantien auch in diesem Kommentar den ihnen gebührenden und im Vergleich zu üblichen Grundgesetzkommentierungen vergrößerten Raum einnehmen. Etwa die Kommentierung des Rechts auf ein faires Ver-

Schrifttum

fahren durch *Grabenwarter/Pabel* umfasst gut 80 Seiten. Die Freiheit der Person wird von *Dörr* ebenfalls auf gut 80 Seiten behandelt.

Wiss. Ass. Dr. **Karsten Gaede**, Bucerius Law School Hamburg

David Herrmann. Untersuchungshaft; StRR-Schriften für die Strafrechtspraxis, 432 Seiten, ISBN 978-3-89655-304-1, € 44,-, ZAP Verlag, Münster 2008.

Das Recht der Untersuchungshaft entwickelt sich dynamisch. Auf gesetzlicher Ebene ist die Aufnahme der qualifizierten Stalking-Tatbestände des § 238 Abs. 2 u. 3 StGB in den unsäglichen Haftgrund der Wiederholungsgefahr (§ 112a Abs. 1 Nr. 1 StPO) durch das am 31.3.2007 in Kraft getretene Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen zu nennen; mit dem Gesetz zur Neuregelung des Justizvollzuges in Niedersachsen (NJVollzG), das seit dem 1. Januar 2008 geltendes Recht ist, finden sich überdies erstmals gesetzliche Regelungen auch zum Vollzug der U-Haft; weitere Bundesländer dürften in Kürze nachziehen. Den krassen Wandel in der Rechtswirklichkeit für Untersuchungshaft hat indes das Bundesverfassungsgericht bewirkt. Seit Ende des Jahres 2005 hat insbesondere die 3. Kammer des 2. Senats die besondere Bedeutung des Beschleunigungsgebotes in Haftsachen hervorgehoben und die Gerichte verpflichtet, bislang verbreitete Saumseligkeiten zu unterlassen und das Verfahren unter Ausschöpfung aller Möglichkeiten zügig und stringent bis zu einer Entscheidung über die Schuld des Inhaftierten voranzutreiben. Nicht zuletzt dieser Rechtsprechung ist die erfreuliche Nachricht einer in den letzten Jahren sinkenden Zahl von U-Gefangenen zu verdanken.

Diese neueren Entwicklungen muss der Verteidiger kennen und praktisch umsetzen können. In den vorzüglichen Handbüchern von *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, 3. Aufl. 2001, und *Münchhalffen/Gatzweiler*, Das Recht der Untersuchungshaft, 2. Aufl. 2002, kann sich Aktuelles nicht finden. Es mag zu diskutieren sein, ob Ehen auf 7 Jahre befristet werden sollen. Bücher zum Strafprozessrecht hingegen müssten innerhalb wesentlich kürzerer Zeiträume neu aufgelegt werden. Das sind die vorgenannten Werke leider nicht. In diese Lücke stößt das Werk von *Herrmann* in der vom Richter am OLG Detlef Burhoff herausgegebenen neuen Reihe „StRR-Schriften zur Strafrechtspraxis“. *Herrmann* ist Rechtsanwalt und u.a. Fachanwalt für Strafrecht. Sein Handbuch ist also von einem Praktiker für Praktiker geschrieben und unmittelbar auf die Praxis ausgerichtet. Insbesondere dem nicht ausschließlich als Strafverteidiger tätigen Rechtsanwalt und dem Berufsanfänger bietet das Buch einen grundlegenden Überblick über die Materie und vielfältige Anregungen für die praktische Arbeit. Aber auch der erfahrene Fachanwalt für Strafrecht findet profunde Arbeits- und Argumentationshilfen. Alle Praktiker profitieren von der aktuellen und themenzentrierten Darstellung der jüngsten Entwicklung der Rechtsprechung in Haftsa-

chen. Das Werk berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis Mitte September 2007.

Dem kurzen einleitenden Kapitel „Allgemeines - Besonderheiten bei der Übernahme von ‚Haftmandaten‘“ (S. 1 - 8) folgt das umfangreiche und instruktive zweite Kapitel „Mandatsverhältnis und Kontakt zwischen Verteidiger und Mandant“ (S. 9 - 167). Nach allgemeinen Ausführungen zum Zustandekommen des Mandatsverhältnisses widmet sich der Verfasser eingehend der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Beordnung eines Pflichtverteidigers im Ermittlungsverfahren. Ausführungen zur Kontaktaufnahme zum auf der Flucht befindlichen Mandanten wären zusätzlich wünschenswert. Ungeteilten Beifall findet dann der engagierte Appell für den Strafverteidigernotdienst und die fügliche Forderung nach entsprechenden Hinweisen in den Polizeidienststellen (S. 38). Zustimmung findet auch die im Zusammenhang mit Ausführungen zur Beratung des nicht in Freiheit befindlichen Mandanten getroffene Aussage, dass eine sinnvolle Verteidigung nicht zwingend darin bestehen muss, zu schweigen (S. 45). An gleicher Stelle folgt eine diskussionswürdige Bewertung: „Gerade ein frühes Geständnis kann bei der Strafzumessung von hervorzuhebender Bedeutung sein“. Der Zeitpunkt einer Aussage des Beschuldigten mag für das Gewicht einer Aufklärungshilfe (vulgo „Verzinken“) von größerer Relevanz sein. Beim „bloßen“ Geständnis ist Frühzeitigkeit kaum strafmildernd - oder beherzter mit *Günter Kohlmann*: „Wer früh singt, sitzt lange!“

Auch für den erfahrenen Praktiker informativ sind die Ausführungen zur Verteidigerpost im Insolvenzverfahren (S. 77 ff.) und zur geschützten Anwaltspost nach Kündigung des Mandats (S. 79 f.). Im Abschnitt über die Ausgestaltung der Haftbedingungen finden nicht nur Berufsanfänger vielfältige Anregungen, dem Mandanten in der U-Haft auferlegte Beschränkungen nicht hinzunehmen. Exemplarisch sei der Aufruf angeführt, gegen die gesetzliche Beschränkung auf lediglich drei Pakete im Jahr anzugehen (S. 117).

Besonders hervorzuheben ist des Weiteren die umfassende und wiederum aktuelle Darstellung zur Akteneinsicht (S. 123 - 167). Instrukтив ist zunächst die Darstellung der aktuellen Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG zur Akteneinsicht bei vollzogenem Haftbefehl. Engagiert und zu Recht führt der Verfasser dann aus, dass diese Rechtsprechung entsprechend in Fällen gelten muss, in denen die Verhaftung unmittelbar bevorsteht. Auch die differenzierende Betrachtung von *Herrmann* im Falle des nicht verkündeten Haftbefehls überzeugt ebenso wie seine Forderung, dass dem Beschuldigten auch bei einem außer gesetzten Haftbefehl ein umfassendes Akteneinsichtsrecht zusteht. Praktisch sehr wertvoll sind auch die insgesamt 20 Mustertexte für den Verteidiger, für die beispielhaft der hilfreiche und ausführliche Antrag auf Akteneinsicht (S. 142 f.) und das Muster einer auf nicht gewährte Akteneinsicht gestützten Haftbeschwerde (S. 147 f.) anzuführen sind.

Das dritte Kapitel behandelt „Allgemeine Voraussetzungen der Untersuchungshaft“ (S. 169 - 309). Zunächst werden die formellen Anforderungen an den Haftbefehl

und die U-Haft erörtert. Die Ausführungen zur Pflicht der Polizei, den ausländischen Festgenommenen über sein subjektives Recht zu belehren, die unverzügliche Benachrichtigung seines Konsulates verlangen zu können (Art. 36 Abs. 1 lit. b Satz 3 WÜK), konnten zwar noch die jüngste Entscheidung des BVerfG (BGH NJW 2007, 499) berücksichtigen, durch die die bisherige Rechtsprechung des BGH obsolet geworden war. Die Folgeentscheidungen des BGH zur „verschärften Widerspruchslösung“ (BGH 1 StR 273/07 - Beschluss vom 11. September 2007) und zur „beschränkten Vollstreckungslösung“ (BGH 5 StR 116/01 und 5 StR 475/02 - Beschluss vom 25. September 2007) konnten hingegen nicht mehr eingearbeitet werden. Im Anschluss wird eines der trostlosesten Kapitel nicht nur für die Verteidigung thematisiert: Die Vorführung des aufgrund eines Haftbefehles festgenommenen Bürgers nicht vor den zuständigen, sondern zum nächsten Richter. Die hier zu beklagende und eines Rechtsstaates unwürdige „Verschubungspraxis“ nimmt *Herrmann* zum begründeten Anlass für einen engagierten Appell für eine erweiterte Prüfungs- und Entscheidungskompetenz des nächsten Richters (S. 190 - 192). Dem folgen konkrete und auf den Punkt gebrachte praktische Ratschläge, wie der Verteidiger im Geflecht zwischen Staatsanwalt, nächstem und zuständigen Richter agiert, um den Vollzug der U-Haft vermeiden. Auch der - hilfswise - angebrachte Hinweis des Autors auf die Möglichkeit des Einzeltransportes zum zuständigen Richter könnten vielen betroffenen Bürgern eine skandalöse und langwierige „Verschubung“ unter grauenhaften Bedingungen ersparen.

Im folgenden Abschnitt zu den materiellen Voraussetzungen der U-Haft findet sich allerdings im Zusammenhang mit der Darstellung des dringenden Tatverdächtigen ein Haar in der Suppe. Es mag differenziert werden zwischen der retrospektiven Prognose der Beteiligung am Delikt einerseits und der prospektiven Prognose einer Verurteilung andererseits. Indes liegt - nicht nur für einen Verteidiger - auf der Hand, für beide Prognoseerfordernisse den gleichen Maßstab anzusetzen. Daher ist der Ansicht von *Herrmann* zu widersprechen, es genüge die Möglichkeit einer Verurteilung - eine Wahrscheinlichkeit hierzu sei nicht erforderlich (S. 195). Auch der Bundesgerichtshof verlangt nicht nur eine Wahrscheinlichkeit der Täterschaft, sondern postuliert, dass der Beschuldigte mit großer Wahrscheinlichkeit verurteilt werden kann (BGHSt 38, 276, 278).

Informativ sind wiederum die Angaben auf S. 216 zur statistischen Verteilung der in Haftbefehlen angeführten Haftgründe (80 % Fluchtgefahr, immerhin 8 % Wiederholungsgefahr sowie jeweils 5 % Verdunklungsgefahr und Haftgrund der Tatschwere).

Im Zusammenhang mit der Darstellung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr findet sich *Herrmann* mit folgender apriorischen Einschätzung im Einklang mit dem renommierten Standardkommentar: „Im Übrigen lässt bereits eine einmalige Verfehlung (scil: Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung) auf entsprechende Mängel der Persönlichkeit schließen, sodass eine Inhaftierung gerechtfertigt erscheint“ (S. 256). Gleichwohl ist zweifelhaft, ob der Konsens mit *Meyer-Gößner* den fehlenden wissenschaftlichen Beleg zu ersetzen vermag. Auch die -

vom Verfasser auf S. 257 angeführte - Rechtsprechung ist der Ansicht entgegengetreten, dass die einmalige Begehung eines Sexualdelikts auf eine Störung der Persönlichkeit schließen lasse und den Haftgrund der Wiederholungsgefahr begründe.

Richtiges, Wichtiges und Aktuelles erfährt der Leser dann in der instruktiven und umfassenden Darstellung der neueren Rechtsprechung des BVerfG, des EGMR und der Oberlandesgerichte zum Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen (S. 275 - 309). Die klare und präzise Darstellung der Judikatur ermöglicht dem Praktiker eine themenzentrierte Orientierung über eine Materie, die im Fluss ist. Auch der aktuelle Vorlagebeschluss des 3. Strafsenates des BGH v. 23.8.07 zur „Vollstreckungslösung“ ist bereits eingearbeitet. Der Verfasser beschränkt sich aber nicht auf das Zusammentragen der aktuellen Rechtsprechung. Vielmehr greift er die drängende und bislang unbeantwortete Frage der Dispositionsmöglichkeit des inhaftierten Beschuldigten über den Beschleunigungsgrundsatz auf (S. 305 ff.) und plädiert für ein Verzichtrecht, um vom Verteidiger des Vertrauens vertreten werden zu können. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen. Entgegenzutreten ist hingegen der Forderung, das Gericht müsse sich ein eigenes Bild machen und den Beschuldigten unmittelbar befragen (S. 307). Solche Fürsorglichkeit des Richters muss sich die Verteidigung m.E. ebenso verbitten wie ein Hinterfragen des ausgeübten Schweigerechtes und sonstiges Eindringen des Gerichtes in das Innenverhältnis von Verteidigung und Mandant.

Das vierte Kapitel behandelt „Prozessuale Verteidigungsmöglichkeiten gegen den Haftbefehl“ (S. 311 - 367). Hier werden die jeweiligen Rechtsschutzmöglichkeiten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht umfassend dargestellt und ihre Chancen und Grenzen erörtert. Nicht zuletzt in diesem Zusammenhang erhellt, dass *Herrmann* trefflich in der Lage ist, dem Praktiker Praktisches klar strukturiert zu vermitteln. Im Zusammenhang mit der in der täglichen Arbeit häufig zu entscheidenden Frage „Haftprüfung oder Haftbeschwerde“ regt der Rezensent für eine wünschenswerte 2. Auflage an, auch die zur Entscheidung berufenen Richterpersönlichkeiten einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Es gibt Richter, die die Unschuldsvermutung respektieren und die ultima ratio Funktion der U-Haft internalisiert haben; andere Richter stellen etwa die Gewährleistung einer effektiven Strafrechtspflege in den Vordergrund. Dies kann auf die Wahl des richtigen Rechtsbehelfes Auswirkungen haben.

Das fünfte Kapitel erörtert „Sonstige Praxisfragen“ (S. 369 - 388), u. a. wird die vollständig eingeschlafene Diskussion über Haftvermeidung durch „elektronische Fußfessel“ zart angestoßen. Das sechste Kapitel (S. 389) schließt mit dem lakonischen Fazit, dass der Verteidiger sich nicht entmutigen lassen dürfe, da es um die Freiheit des Mandanten gehe.

Kurzum, wer in Haftsachen verteidigt, sollte das Handbuch von *Herrmann* präsent haben. Insbesondere aufgrund der Aktualität und durch die komprimierte Darstellung der neueren Rechtsprechung ist das Werk zurzeit für den Praktiker ohne Konkurrenz. Die Aktualität

zu wahren gebietet - schon im Hinblick auf die gegenwärtigen Aktivitäten der Landesgesetzgeber im Bereich des Vollzuges der U-Haft - eine baldige 2. Auflage.

Christof Püschel, Rechtsanwalt u. FA f. Strafrecht, Köln

Ralf Ritter: Die Begründungsanforderungen bei der Erhebung der Verfahrensrüge gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, Duncker & Humblot Schriften zum Strafrecht, Heft 184, Duncker & Humblot, 231 S., € 69,80, Berlin 2007.

Die Geschichte der revisionsrechtlichen Verfahrensrüge im Strafprozess wird von manchen Kritikern der aktuellen Revisionsrechtsprechung im Wesentlichen als die Geschichte ihres Niedergangs beschrieben¹. Ein Niedergang, der aus einer Fixierung der Revisionsgerichte auf das resultiert, was sie als materielle Gerechtigkeit im Einzelfall ansehen: Die Revisionsgerichte möchten ein Urteil, das sie im Ergebnis für richtig halten, nicht allein wegen eines Verfahrensfehlers aufheben. Mittel zu diesem Zweck ist unter anderem § 344 Abs. 2 S. 2 StPO. Darin heißt es eigentlich nur, dass die Revisionsbegründung bei Verfahrensrügen auch „die den Mangel enthaltenden Tatsachen“ angeben muss. Eine Übersteigerung der aus dieser Vorschrift hergeleiteten Begründungsanforderungen ermöglicht es den Revisionsgerichten inzwischen fast beliebig, Verfahrensrügen scheitern zu lassen.

Ritter gibt in der Einleitung zu seiner - von Rainer Keller betreuten und von der Universität Hamburg im Jahr 2006 als Dissertation angenommenen - Monografie die Stimmen einiger Kritiker wieder. Das ist für ihn aber nur der Auftakt zu einer außerordentlich gründlichen Untersuchung der Begründungsanforderungen bei der Erhebung der Verfahrensrüge.

Nach der kurzen Einleitung wendet sich Ritter zunächst einer Betrachtung der historischen Vorläufer des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO seit Anfang des 19. Jahrhunderts zu. Diese historischen Betrachtungen stellen mit rund 100 Seiten die erste Hälfte der Monografie von Ritter dar. Der Leser, dem dieser historische Durchgang zu ausführlich geraten scheint, mag sich mit der sehr klaren vierseitigen Zusammenfassung begnügen (S. 98 - 102).

Ritter beginnt seine historische Untersuchung mit der französischen Kassation, deren Bedeutung für den heutigen deutschen Rechtszustand er als ambivalent bezeichnet. Ausführlicher wendet sich Ritter sodann der Nichtigkeitsbeschwerde der Strafprozessordnungen einiger deutscher Länder zur Mitte des 19. Jahrhunderts zu. Als bemerkenswerten Einschnitt stellt Ritter hier den Übergang von der Begründungsmöglichkeit des französischen Kassationsrechts zur Begründungspflicht heraus, wie sie überwiegend in den deutschen Strafprozessordnungen vorzufinden war. Als Hintergrund für den Übergang zur

Begründungspflicht identifiziert Ritter ein obrigkeitsstaatliches Denken, weniger Gründe der Arbeitsökonomie (S. 41). Man ging - so Ritter - in jener Zeit von einer allgemeinen Vermutung der Richtigkeit aller Handlungen staatlicher Organe aus. Insofern erschien jede Behauptung der Fehlerhaftigkeit eines Urteils als Angriff auf die „Würde der Justiz“, dessen Berechtigung vom Beschwerdeführer darzulegen war. Ritter macht hier zudem auf den interessanten Umstand aufmerksam, dass der Ursprung des heutigen § 344 Abs. 2 S. 2 StPO eine Regelung des preußischen Strafverfahrensrechts ist, deren Zweck die Begrenzung der Darlegungslast bei der strafrechtlichen Nichtigkeitsbeschwerde im Gegensatz zu den sehr hohen zivilprozessualen Begründungsanforderungen war (S. 43).

Sodann befasst sich Ritter eingehend mit dem unmittelbaren Vorläufer der heutigen Rechtsnorm in der Reichsstrafprozessordnung (§ 384 Abs. 2 S. 2 RStPO), dessen Wortlaut sich noch heute in § 344 Abs. 2 S. 2 StPO wiederfindet. Ausweislich der damaligen gesetzgeberischen Beratungen sollten laut Ritter die revisionsrechtlichen Begründungsanforderungen lediglich der Darlegung der Angriffsrichtung der Revision dienen. Die Auslegung der Vorschrift in der Rechtsprechung des Reichsgerichts gibt laut Ritter kein einheitliches Bild ab, so dass Ritter die Betrachtungen allgemeinerer Art um eine Kasuistik ergänzt (S. 66 - 77). Er konstatiert als Ergebnis dieser Betrachtungen eine nach und nach erfolgte Entfernung vom Leitbild des Gesetzgebers - der bloßen Darlegung der Angriffsrichtung - hin zu strengeren Anforderungen. Danach wurde notwendig die auf Tatsachen gestützte Darlegung eines Verfahrensverstößes. Die Rechtswissenschaft jener Zeit vermochte zu dieser Fragestellung offenbar nichts Substantielles beizutragen (S. 79 - 88); der spätere nationalsozialistische „Gesetzgeber“ naturgemäß ebenfalls nicht (S. 88 - 98).

Im Folgenden wendet sich Ritter der Rechtsprechung des BGH seit der grundlegenden Entscheidung BGHSt 3, 213 zu. In dieser Entscheidung formulierte der BGH erstmals den Obersatz, nach dem der Revisionsführer, der eine Verletzung des Verfahrensrechts geltend machen wolle, die den Mangel enthaltenden Tatsachen so vollständig und so genau angeben müsse, dass das Revisionsgericht allein aufgrund der Revisionsbegründung prüfen könne, ob ein Verfahrensfehler vorläge, wenn die behaupteten Tatsachen erwiesen wären². Die Entwicklung dieses Satzes in BGHSt 3, 213 und seine insbesondere seit Ende der siebziger Jahre zunehmende Kanonisierung untersucht Ritter mit großer Sorgfalt (S. 105 - 119). Gleiches gilt für die kritiklose Hinnahme dieser Jurisdiktion durch das BVerfG (S. 119 - 124). In diesem Abschnitt analysiert Ritter auch die wichtige Entscheidung des BVerfG vom 25. Januar 2005³, die ebenfalls - wie Ritter zutreffend herausarbeitet - kaum verfassungsrechtliche Grenzen gegen eine überstrenge Anwendung des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO errichtet.

¹ Vgl. *Verf. Beweisführung im Strengbeweisverfahren* 2002, S. 137 ff. m. Nachw.

² St. Rspr., vgl. aus jüngerer Zeit z.B. BGH NJW 1982, 1655; 1994, 2904, 2907; BGH bei *Kusch* NStZ 1992, 27, 29 f.; BGH NStZ 1995, 462; 1999, 45 f.; 2002, 216; NStZ-RR 2001, 174, 175.

³ NJW 2005, 1999 m. Bespr. *Verf.*, JA 2005, 768 ff.

Für denjenigen, der heute praktisch mit dem Revisionsrecht zu tun hat, etwa den Revisionsverteidiger, dürften die anschließenden Abschnitte zu aktuellen Abgrenzungsproblemen bei der Bestimmung des Begründungsumfangs am interessantesten sein. Hier befasst sich Ritter mit den Fallgruppen der Begründungsanforderungen beim Beruhen (S. 125 - 132), des Darlegungsumfangs bei mehreren rechtlichen Anknüpfungspunkten (S. 133 - 137) und des Vortrags so genannter Negativtatsachen (S. 137 - 153), sowie weiteren Problemfällen (S. 153 - 156). Die Problematik des heute erreichten Zustandes entfaltet Ritter in seiner anschließenden Zusammenfassung (S. 158 - 166) sehr anschaulich. Das Ergebnis der Anwendung des vom BGH verwendeten Obersatzes - des von Ritter so genannten Schlüssigkeitsprinzips - ist laut Ritter höchst unbefriedigend: „Soweit feststehende Begründungsanforderungen aufgestellt werden, beruhen sie in den untersuchten Problemfeldern nicht auf einer nachvollziehbaren Subsumtion unter das Schlüssigkeitsprinzip, sondern auf der nicht abgeleiteten Festlegung eines Begründungskanons und nachfolgender ständiger Rechtsprechung.“ (S. 161).

Ritter macht es sich indes nicht so einfach, es bei diesem Verdikt zu belassen. Vielmehr untersucht er nachfolgend „Rechtswissenschaftliche Ansätze zur Konkretisierung der Darlegungslast“. Hier erörtert Ritter die Frage, ob man die strengen Darlegungsanforderungen verstehen könne als Ausdruck spezifisch revisionsrechtlicher Formenstrenge (S. 167 - 171) oder des Ausnahmecharakters der Verfahrensrügen (S. 172 - 177), als Notwendigkeit zur Bewahrung der Revisionsgerichte vor Arbeitsüberlastung (S. 178 - 184) oder die systematisch gegebene Notwendigkeit der Individualisierung des Rügegegenstands (S. 184 - 187). Alle diese Ansätze werden von Ritter überzeugend verworfen.

Die letzten beiden Abschnitte seiner Monografie (S. 188 - 209) dienen Ritter dazu, einen eigenen Vorschlag zur Begrenzung der Darlegungsanforderungen zu präsentieren. Ritter entwickelt hier aus dem Zweck der Revision (Entscheidungskontrolle statt Entscheidungswiederholung) den Maßstab, dass dem Revisionsgericht durch die in der Revisionsbegründung mitgeteilten Tatsachen eine beschränkte und zielgerichtete Kontrolle ermöglicht werden muss. Die Darlegungslast sei danach deutlich niedriger anzusetzen als gegenwärtig von den Revisionsgerichten erwartet. Es reiche aus, dass dem Revisionsgericht eine konkrete, individualisierte Stelle im Prozess unterbreitet wird.

Ritter legt mit seiner Dissertation eine tiefgründige Untersuchung der Darlegungsanforderungen bei der strafprozessualen Verfahrensrüge vor, die angesichts der klaren Sprache und des eingängigen Aufbaus sehr gut lesbar ist. Die Lektüre dieses Werks ist für all diejenigen unverzichtbar, die sich mit dem Thema gründlich befas-

sen möchten. Wertvoll ist die Lektüre der S. 124 - 156 zudem für Revisionsführer, die sich dort umfassend über aktuelle Abgrenzungsfragen informieren können. Dieser durchweg positive Eindruck wird durch die nachfolgenden Anmerkungen nicht geschmälert:

Wenn Ritter „rechtswissenschaftliche“ Ansätze zur Legitimation der strengen Darlegungsanforderungen erörtert, so ist anzumerken, dass in dem betreffenden Abschnitt als Vertreter dieser Ansätze bemerkenswert viele BGH-Richter in den Fußnoten auftauchen (S. 167 - 187). Nun ist nichts dagegen einzuwenden, dass BGH-Richter sich auch rechtswissenschaftlich zu Wort melden. Man kann dann aber angesichts der Personenidentität nicht davon sprechen, dass die Rechtswissenschaft Ansätze zur Legitimation einer bestimmten Rechtsprechung entwickelt habe. Sondern es verwendet gleichsam die Rechtsprechung den Deckmantel der Rechtswissenschaft, um ihre eigene Dogmatik zu legitimieren. Im Ergebnis kommt es freilich nur auf die inhaltliche Güte der vorgetragenen Argumente an und hier kann Ritter den einschlägigen Positionen mit Recht nichts abgewinnen.

Die praktischen Konsequenzen der überstrengen Auslegung des § 344 Abs. 2 S. 2 StPO wurden inzwischen nicht nur normativ sondern auch empirisch untersucht, wobei die Ergebnisse dieser Untersuchungen den normativen Befund Ritters unterstreichen⁴. Insofern hätte es die Arbeit von Ritter bereichert, diese Untersuchungen auszuwerten. Notwendig war dies angesichts der normativen Anlage der Untersuchung Ritters indes nicht.

Ritter bezeichnet den vom BGH verwendeten Obersatz als „Schlüssigkeitsgebot“. Das ist insofern eine passende Bezeichnung, als der BGH in der Tat eine schlüssige Darlegung verlangt. Problematisch erscheint an der Rechtsprechung des BGH allerdings vor allem das Erfordernis einer vollständigen Darlegung aller irgendwie relevanten Tatsachen. Treffender lässt sich der vom BGH verwendete Obersatz daher meines Erachtens als „Vollständigkeitsgebot“ bezeichnen. In der Sache aber lässt sich der status quo der Revisionsrechtsprechung kaum treffender beschreiben, als Ritter dies - insbesondere auf S. 164 f. - tut. Es ist gerade die besondere juristische Präzision der Darlegungen Ritters, die der Kritik eine besondere Überzeugungskraft verleiht. Mit den Worten der eingangs genannten Kritiker: Überzeugender lassen sich der Niedergang der Verfahrensrüge und seine fehlende Legitimation nicht belegen.

Dr. **Jens Dallmeyer**, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht, Frankfurt am Main

⁴ Vgl. z.B. *Nack* NStZ 1997, 153 ff. und ausführlich *Barton* Die Revisionsrechtsprechung des BGH in Strafsachen 1999; s. auch *Verf.* (Fn. 1), S. 139 ff. m. w. Nachw.

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

1. EGMR Nr. 11364/03 – Urteil der 5. Kammer vom 13. Dezember 2007 (Mooren v. Deutschland)

Rechtmäßigkeit der Untersuchungshaft (rechtsfehlerhafter Haftbefehl; Recht auf eine zügige Entscheidung über die Rechtmäßigkeit; Bedingungen einer Heilung); Recht auf Akteneinsicht (Waffengleichheit in der Haftprüfung, Haftbeschwerde: Ungenügen einer mündlichen oder schriftlichen Zusammenfassung; Anforderungen an eine Heilung; Gefährdung des Untersuchungserfolges) und Recht auf ein faires Verfahren; Zulässigkeit der Individualbeschwerde (Ausschöpfung nationaler Rechtsbehelfe: Effektivität der Rechtsbehelfe; Verlust der Opferstellung); redaktioneller Hinweis.

Art. 5 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 EMRK; Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. b, c EMRK; Art. 34 EMRK; Art. 35 EMRK; § 147 StPO; § 117 Abs. 1 StPO

2. BGH 2 StR 361/07 – Beschluss vom 14. November 2007 (LG Mainz)

Waffengesetz; Kriegswaffenkontrollgesetz; Maschinenpistole; Munition; Einziehung (Ermessen).

§ 22a Abs. 1 Nr. 2 KWKG; § 53 Abs. 3 Nr. 2 WaffG; § 24 KWKG

3. BGH 2 StR 417/07 – Beschluss vom 14. November 2007 (LG Mainz)

Tötungsvorsatz; Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

4. BGH 2 StR 434/07 – Beschluss vom 14. November 2007 (LG Aachen)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.

§ 154 Abs. 2 StPO

5. BGH 2 StR 449/07 – Beschluss vom 21. November 2007 (LG Koblenz)

Totschlag (minder schwerer Fall); Strafzumessung (vertypte Milderungsgründe; geringe Lebenserwartung des Angeklagten; besondere Haftempfindlichkeit).

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 21 StGB; § 23 StGB; § 49 StGB; § 46 StGB

6. BGH 2 StR 465/07 – Beschluss vom 14. November 2007 (LG Köln)

Verminderte Schuldfähigkeit (Trinkmengenangaben; BAK; Rückrechnung); Sachverständigengutachten (Überzeugungsbildung; Prüfung durch das Gericht); Widerspruchsfreiheit der Feststellungen.

§ 21 StGB; § 261 StPO

7. BGH 2 StR 469/07 – Beschluss vom 4. Dezember 2007 (LG Limburg)

Gehilfenvorsatz (Billigung die Haupttat qualifizierender Umstände; Exzess).

§ 15 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

8. BGH 2 StR 480/07 – Beschluss vom 21. November 2007 (LG Frankfurt)

Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung).

§ 54 StGB

9. BGH 2 StR 490/07 – Beschluss vom 21. November 2007 (LG Darmstadt)

Doppelverwertungsverbot; Beruhen.

§ 46 Abs. 3 StGB; § 337 StPO

10. BGH 2 StR 533/07 – Beschluss vom 21. November 2007 (LG Limburg)

Unzulässige Revision (Rechtsmittelverzicht).

§ 349 Abs. 1 StPO; § 302 Abs. 1 StPO

11. BGH 2 StR 573/07 – Beschluss vom 4. Dezember 2007 (LG Frankfurt)

Einziehung (notwendiger Bezug von Bargeld zu einer rechtswidrigen Tat).

§ 74 StGB

12. BGH 2 ARs 245/07 / 2 AR 151/07 – Beschluss vom 14. November 2007

Nachträgliche Entscheidungen über erteilte Weisungen (Zuständigkeit).

§ 108 Abs. 1 JGG; § 65 Abs. 1 Satz 4 JGG

13. BGH 3 StR 347/07 – Beschluss vom 13. Dezember 2007 (LG Osnabrück)

Unzulässige Verfahrensrüge (Auswechslung der Rügetatsachen nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

14. BGH 3 StR 385/07 - Beschluss vom 15. November 2007 (LG Mönchengladbach)

Teilweise Einstellung des Verfahrens.
§ 154 Abs. 2 StPO

15. BGH 3 StR 410/07 - Beschluss vom 30. Oktober 2007 (LG Verden)

Öffentlichkeit des Verfahrens (Ausschluss; Gerichtsbeschluss; Anordnung des Vorsitzenden).
§ 174 Abs. 1 Satz 2 GVG; § 338 Nr. 6 StPO

16. BGH 3 StR 415/07 - Beschluss vom 13. November 2007 (LG Wuppertal)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Aufhebung und Zurückverweisung; Vollstreckungssituation zur Zeit der ersten tatrichterlichen Verhandlung); Verschlechterungsverbot.
§ 55 StGB; § 358 Abs. 2 StPO

17. BGH 3 StR 417/07 - Urteil vom 22. November 2007 (LG Oldenburg)

Ausschluss eines Richters kraft Gesetzes (Vorbefassung als Staatsanwalt).
§ 22 Nr. 4 StPO; § 338 Nr. 2 StPO

18. BGH 3 StR 418/07 - Beschluss vom 6. November 2007 (LG Hildesheim)

Ablehnung eines Sachverständigengutachtens (eigene Sachkunde); besonders schwerer Fall bei der sexuellen Nötigung (Vergewaltigung einer Prostituierten; unbenannter Fall); redaktioneller Hinweis.
§ 244 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 177 Abs. 2 Satz 1, Satz Nr. 1 StGB

19. BGH 3 StR 421/07 - Beschluss vom 13. November 2007 (LG Stuttgart)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Beschwer.
§ 154a StPO; § 337 StPO

20. BGH 3 StR 448/07 - Beschluss vom 4. Dezember 2007 (LG Lübeck)

Unbegründete Revision.
§ 349 Abs. 2 StPO

21. BGH 3 StR 452/07 - Beschluss vom 13. November 2007 (LG Osnabrück)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

22. BGH 3 ARs 22/07 - Beschluss vom 13. November 2007 (OLG Stuttgart)

Zuständigkeitsbestimmung; Befasstsein mit einer Sache.
§ 120 Abs. 1 Nr. 8 GVG; § 7 VStGB; § 13a StPO

23. BGH StB 12/07 - Beschluss vom 20. Dezember 2007 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Bildung einer terroristischen Vereinigung; kriminelle Vereinigung (konspirative Arbeitsweise); Strafverfolgungskompetenz des Generalbundesanwalts; besondere Bedeutung des Falles (Beurteilungsspielraum); Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung; Auslegung des Begriffs der Vereinigung (europarechtskonform, europafreundlich; Bestimmtheitsgrundsatz); Garantiefunktion

des Strafrechts; Unanfechtbarkeit von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs; gesetzlicher Richter.
§ 129a StGB; § 74a GVG; § 120 GVG, § 142a GVG; § 169 StPO; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

24. BGH StB 13/07 - Beschluss vom 20. Dezember 2007 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Bildung einer terroristischen Vereinigung; kriminelle Vereinigung (konspirative Arbeitsweise); Strafverfolgungskompetenz des Generalbundesanwalts; besondere Bedeutung des Falles (Beurteilungsspielraum); Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung; Auslegung des Begriffs der Vereinigung (europarechtskonform, europafreundlich; Bestimmtheitsgrundsatz); Garantiefunktion des Strafrechts; Unanfechtbarkeit von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs; gesetzlicher Richter.
§ 129a StGB; § 74a GVG; § 120 GVG, § 142a GVG; § 169 StPO; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

1. Werden Anschläge, die für sich genommen nicht geeignet sind, den Staat im Sinne des § 129a Abs. 2 StGB erheblich zu schädigen, mit dem Fernziel begangen, Gesinnungsgenossen zu eigenständigen Gewalttaten zu mobilisieren, so verleiht dies den Anschlägen nicht die Eignung zur erheblichen Schädigung des Staates. Denn mittelbare Tatfolgen, die sich erst durch eigenständiges Handeln Dritter ergeben könnten, zählen nicht mehr zu den Auswirkungen der Tat und haben daher bei der Prüfung der Schädigungseignung außer Betracht zu bleiben.

2. Die besondere Bedeutung des Falles im Sinne des § 120 Abs. 2 Nr. 1 GVG kann nur dann angenommen werden, wenn es sich bei der Tat unter Beachtung der Zielrichtung der Vereinigung und deren objektiver Gefährlichkeit um ein staatsgefährdendes Delikt von erheblichem Gewicht handelt, welches den Gesamtstaat in einer derart spezifischen Weise angreift, dass ein Einschreiten des Generalbundesanwalts und eine Aburteilung durch ein Gericht geboten ist, das Bundesgerichtsbarkeit ausübt.

3. An die Bejahung einer besonderen Bedeutung des Falles sind strenge Anforderungen zu stellen, weil durch die Übernahmeerklärung nicht nur der gesetzliche Richter (Art. 101 GG) bestimmt, sondern auch in die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern eingegriffen wird. Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung der Tat- und Schuldschwere, d. h. der Umstände und Auswirkungen der Tat unter besonderer Berücksichtigung des Gewichts des Angriffs auf das jeweils betroffene Rechtsgut des Staates; insgesamt muss der in Frage stehende Fall deutlich aus den Durchschnittsfällen herausragen.

4. Die konspirative Arbeitsweise einer Gruppierung ist für die Beurteilung der besonderen Bedeutung eines Falles ohne Belang, weil es sich um ein typisches Verhalten von Mitgliedern einer kriminellen Vereinigung handelt.

5. Das abgestufte System der Strafbarkeit von Tatvollendung, Versuch und Vorbereitungshandlung darf bei der Bestimmung der Anforderungen an den Vereinigungs-

begriff nicht aus dem Blick geraten. Sollen die hieraus folgenden Begrenzungen der Strafbarkeit nicht ihre Wirkung verlieren, so kann nicht jeder Zusammenschluss von Tätern, die Straftaten planen, schon als solcher die Strafbarkeit begründen. Vielmehr kann die Strafbarkeit wegen des Zusammenschlusses nur dann angenommen werden, wenn dieser schon für sich ein strafwürdiges Gefährdungspotential für geschützte Rechtsgüter enthält.

6. Ausnahmen vom Grundsatz der Unanfechtbarkeit von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gelten nach § 305 Abs. 5 StPO nur für Verfügungen des Ermittlungsrichters, wenn sie die Verhaftung, einstweilige Unterbringung, Beschlagnahme oder Durchsuchung betreffen, nicht aber für einen Beschluss des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs, mit dem die Entnahme von Körperzellen sowie deren molekulargenetische Untersuchung angeordnet wird. Denn bei der den Grundsatz der Unanfechtbarkeit durchbrechenden Bestimmung handelt es sich um eine Ausnahmenvorschrift, die die Anfechtungsmöglichkeiten abschließend regelt. Sie ist restriktiv auszulegen und einer analogen Anwendung nicht zugänglich.

25. BGH StB 47/07 - Beschluss vom 20. Dezember 2007 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Bildung einer terroristischen Vereinigung; kriminelle Vereinigung (kospirative Arbeitsweise); Strafverfolgungskompetenz des Generalbundesanwalts; besondere Bedeutung des Falles (Beurteilungsspielraum); Rahmenbeschlusses zur Terrorismusbekämpfung; Auslegung des Begriffs der Vereinigung (europarechtskonform, europafreundlich; Bestimmtheitsgrundsatz); Garantiefunktion des Strafrechts; Unanfechtbarkeit von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs; gesetzlicher Richter.

§ 129a StGB; § 74a GVG; § 120 GVG, § 142a GVG; § 169 StPO; Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG

1. Werden Anschläge, die für sich genommen nicht geeignet sind, den Staat im Sinne des § 129a Abs. 2 StGB erheblich zu schädigen, mit dem Fernziel begangen, Gesinnungsgenossen zu eigenständigen Gewalttaten zu mobilisieren, so verleiht dies den Anschlägen nicht die Eignung zur erheblichen Schädigung des Staates. Denn mittelbare Tatfolgen, die sich erst durch eigenständiges Handeln Dritter ergeben könnten, zählen nicht mehr zu den Auswirkungen der Tat und haben daher bei der Prüfung der Schädigungseignung außer Betracht zu bleiben.

2. Die besondere Bedeutung des Falles im Sinne des § 120 Abs. 2 Nr. 1 GVG kann nur dann angenommen werden, wenn es sich bei der Tat unter Beachtung der Zielrichtung der Vereinigung und deren objektiver Gefährlichkeit um ein staatsgefährdendes Delikt von erheblichem Gewicht handelt, welches den Gesamtstaat in einer derart spezifischen Weise angreift, dass ein Einschreiten des Generalbundesanwalts und eine Aburteilung durch ein Gericht geboten ist, das Bundesgerichtsbarkeit ausübt.

3. An die Bejahung einer besonderen Bedeutung des Falles sind strenge Anforderungen zu stellen, weil durch

die Übernahmeerklärung nicht nur der gesetzliche Richter (Art. 101 GG) bestimmt, sondern auch in die verfassungsrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern eingegriffen wird. Erforderlich ist eine Gesamtwürdigung der Tat- und Schuldschwere, d. h. der Umstände und Auswirkungen der Tat unter besonderer Berücksichtigung des Gewichts des Angriffs auf das jeweils betroffene Rechtsgut des Staates; insgesamt muss der in Frage stehende Fall deutlich aus den Durchschnittsfällen herausragen.

4. Die konspirative Arbeitsweise einer Gruppierung ist für die Beurteilung der besonderen Bedeutung eines Falles ohne Belang, weil es sich um ein typisches Verhalten von Mitgliedern einer kriminellen Vereinigung handelt.

5. Das abgestufte System der Strafbarkeit von Tatvollendung, Versuch und Vorbereitungshandlung darf bei der Bestimmung der Anforderungen an den Vereinigungsbegriff nicht aus dem Blick geraten. Sollen die hieraus folgenden Begrenzungen der Strafbarkeit nicht ihre Wirkung verlieren, so kann nicht jeder Zusammenschluss von Tätern, die Straftaten planen, schon als solcher die Strafbarkeit begründen. Vielmehr kann die Strafbarkeit wegen des Zusammenschlusses nur dann angenommen werden, wenn dieser schon für sich ein strafwürdiges Gefährdungspotential für geschützte Rechtsgüter enthält.

6. Ausnahmen vom Grundsatz der Unanfechtbarkeit von Entscheidungen des Bundesgerichtshofs gelten nach § 305 Abs. 5 StPO nur für Verfügungen des Ermittlungsrichters, wenn sie die Verhaftung, einstweilige Unterbringung, Beschlagnahme oder Durchsuchung betreffen, nicht aber für einen Beschluss des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs, mit dem die Entnahme von Körperzellen sowie deren molekulargenetische Untersuchung angeordnet wird. Denn bei der den Grundsatz der Unanfechtbarkeit durchbrechenden Bestimmung handelt es sich um eine Ausnahmenvorschrift, die die Anfechtungsmöglichkeiten abschließend regelt. Sie ist restriktiv auszulegen und einer analogen Anwendung nicht zugänglich.

26. BVerfG 2 BvR 67/06 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss 26. Oktober 2006 (LG Kassel)

Akteneinsicht Dritter im Strafverfahren (Berücksichtigung schutzwürdiger Belange des Beschuldigten; Beschränkung des Zuganges zu Akteninhalten; Anhörung; informationelle Selbstbestimmung).

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 475 StPO

27. BVerfG 2 BvR 1136/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 6. November 2007 (LG Memmingen/AG Memmingen)

Anordnung der Abgabe einer Urinprobe in der Untersuchungshaft (Verdacht des Drogenkonsums; Selbstbelastungsfreiheit); disziplinarische Maßnahmen bei Nichtbefolgung gerichtlicher Anordnungen (Schuldgrundsatz; vorgehende schriftliche Mitteilung der gerichtlichen Entscheidung).

Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK; § 119 Abs. 3, Abs. 6 StPO; § 145a Abs. 1 StPO; § 35 Abs. 2 S. 2 StPO

28. BVerfG 2 BvR 2332/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Dezember 2007 (OLG Stuttgart/LG Stuttgart)

Begründung der Verfassungsbeschwerde (Geltendmachung der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts); Missbrauchsgebühr (wiederholte wortgleiche Einlegung). § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

29. BGH KRB 59/07 - Beschluss vom 4. Oktober 2007 (OLG Düsseldorf)

BGHSt; Zulässigkeit der Aktensicht in Akten eines Nebenbetroffenen (einheitlicher Gesamtkomplex; Geschäftsgeheimnisse; Kartellbußgeldverfahren; Einschränkung der Akteneinsicht durch den Rechtsanwalt als Organ der Rechtspflege).

Art. 6 EMRK; § 46 Abs. 1 OWiG; § 147 Abs. 1 StPO

30. BGH 1 StR 366/07 – Beschluss vom 7. November 2007 (LG Ellwangen)

Konkurrenzen beim unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit und Tateinheit bei der Einfuhr einer nicht geringen Menge); ne bis in idem (Doppelbestrafungsverbot).

§ 29 BtMG; § 30 BtMG; Art. 103 Abs. 3 GG

31. BGH 1 StR 370/07 – Beschluss vom 6. November 2007 (LG Stuttgart)

BGHSt; Anforderungen an die Überzeugungsbildung und ihre Darstellung bei Verurteilung auf Grund eines im Wege einer Verfahrensabsprache geleisteten Geständnisses eines ehemals angeklagten Belastungszeugen (lückenhafte Beweiswürdigung auf Grund einer Verfahrensrüge; Aussagegenese; Deal zu Lasten Dritter und rechtswidrige Absprache); Einlassung des Angeklagten durch eine vorformulierte Erklärung des Verteidigers; Konfrontationsrecht und Fragerecht (unberechtigte Zurückweisung zulässiger Fragen; legitime Erschütterung der Glaubhaftigkeit von Angaben des Geschädigten; Abgrenzung von Bedeutungslosigkeit und der Zugehörigkeit zur Sache nach § 241 Abs. 2 StPO).

Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 240 StPO; § 241 Abs. 2 StPO

32. BGH 1 StR 370/07 – Beschluss vom 6. November 2007 (LG Stuttgart)

BGHSt; Anforderungen an die Überzeugungsbildung und ihre Darstellung bei Verurteilung auf Grund eines im Wege einer Verfahrensabsprache geleisteten Geständnisses eines ehemals angeklagten Belastungszeugen (lückenhafte Beweiswürdigung auf Grund einer Verfahrensrüge; Aussagegenese; Deal zu Lasten Dritter und rechtswidrige Absprache); Einlassung des Angeklagten durch eine vorformulierte Erklärung des Verteidigers.

§ 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Basiert die Verurteilung eines Angeklagten auf Angaben eines Belastungszeugen, die seinem Geständnis in der gegen ihn geführten Hauptverhandlung entsprechen, und war dieses Geständnis Gegenstand einer verfahrensbeendenden Absprache, dann muss die Glaubhaftigkeit

der Bekundungen des Zeugen unter Einbeziehung des Zustandekommens und des Inhalts der Absprache in einer für das Revisionsgericht nachprüfbarer Weise gewürdigt werden (Fortführung von BGHSt 48, 161). (BGHSt)

2. Zwar ist ein Geständnis, das aufgrund einer verfahrensbeendenden Absprache abgegeben wurde, nicht von vorneherein unglaubhaft. Dies ist im Grundsatz auch bei einer von den Verteidigern vorformulierten, vom Angeklagten lediglich pauschal übernommenen Erklärung nicht ausgeschlossen. Allerdings bedürfen von Anderen für Angeklagte vorformulierte und von diesen nur summarisch bestätigte Geständnisse generell besonders kritischer Betrachtung hinsichtlich ihrer Substanz, ihrer Übereinstimmung mit dem Ermittlungsergebnis sowie dahingehend, ob sie wirklich als von dem jeweiligen Angeklagten stammend, als von diesem akzeptiert angesehen werden können. Legt der Angeklagte ein Geständnis ab, so soll er dies im Grundsatz mit eigenen Worten tun, gegebenenfalls ergänzend zu der von seinem Verteidiger verlesenen Erklärung. Auch insoweit gilt jedoch der Grundsatz der freien richterlichen Überzeugungsbildung. (Bearbeiter)

33. BGH 1 StR 442/07 – Urteil vom 20. November 2007 (LG München)

(Schwerer) sexueller Missbrauch von Kindern; sexueller Missbrauch von Jugendlichen (Ausnutzung einer Zwangslage); Anordnung der Sicherungsverwahrung (pflichtgemäßes Ermessen; Folgen langjährigen Strafvollzugs; unzulässige Bewertung des Aussageverhaltens bei der Entscheidung; legitimes Verteidigungsverhalten).

§ 176 StGB; § 176a StGB; § 182 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB; Art. 6 EMRK

34. BGH 1 StR 442/07 – Beschluss vom 20. November 2007 (LG München)

Verfahrenseinstellung nach § 206a StPO wegen Verfolgungsverjährung (strafscharfende Berücksichtigung verjährter Taten bei der Strafzumessung).

§ 206a StPO; § 78 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 78 Abs. 3 Nr. 5 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

35. BGH 1 StR 497/07 – Beschluss vom 13. Dezember 2007 (LG Landshut)

Antrag auf rechtliches Gehör (Anhörungsrüge; Zulässigkeit)

Art. 103 Abs. 1 GG; § 33a StPO; § 356a StPO

36. BGH 1 StR 497/07 – Beschluss vom 22. November 2007 (LG Landshut)

Beweiswürdigung und Nemo-tenetur-Grundsatz (Selbstbelastungsfreiheit; Einlassung und Schweigen des Angeklagten; missverständliche Formulierungen des Gerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 261 StPO

37. BGH 1 StR 518/07 – Beschluss vom 20. November 2007 (LG Landshut)

Sicherungsverfahren und Unterbringung der Beschuldigten in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellung der länger andauernden Schuldunfähigkeit, verminderten

Schuldfähigkeit; Steuerungsfähigkeit bei „Manikern“; Gefährlichkeitsprognose: Vermeidemöglichkeiten der Opfer, Viktimodogmatik beim Betrug, Subsidiarität).
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 263 StGB

38. BGH 1 StR 527/07 – Beschluss vom 21. November 2007 (LG Mannheim)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

39. BGH 1 StR 539/07 – Beschluss vom 21. November 2007 (LG Kempten)

Wesentliche Behinderung der Verteidigung (rechtsmissbräuchlich erhobene Verfahrensrüge; Rechtsmissbrauch bei unvollständigem, irreführendem Tatsachenvortrag).
§ 338 Nr. 8 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

40. BGH 1 StR 562/07 – Beschluss vom 23. November 2007 (LG Kempten)

Erörterungsmangel zur Aufklärungshilfe (Strafzumessung).
§ 31 Nr. 1 BtMG; § 46 StGB

41. BGH 1 StR 581/07 – Beschluss vom 19. Dezember 2007 (LG Würzburg)

Hinweispflicht bei Mord und Totschlag (Beruhen; Hinweis durch das Revisionsgericht und Umsetzung in einer Haftentscheidung).
§ 265 Abs. 1 StPO; § 212 StGB; § 211 StGB; § 337 StPO

42. BGH 4 StR 1/07 – Beschluss vom 27. September 2007 (LG Neuruppin)

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr (Unfallprovokation und ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff; Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert; Wertgrenze und bedeutende Gefährdung); Beweiswürdigung (erfolgreiche Verfahrensrüge: mangelnde Auseinandersetzung mit einer Unfallskizze).
§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 261 StPO

43. BGH 4 StR 156/04 - Beschluss vom 29. November 2007

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

44. BGH 4 StR 297/07 – Beschluss vom 20. September 2007 (LG Bochum)

Antrag des Angeklagten auf Entscheidung des Revisionsgerichts (wirksame Revisionsrücknahme; keine unzulässige Willensbeeinflussung durch das Verhalten von Mitgefängenen; Verhandlungsfähigkeit).
§ 346 Abs. 1 StPO; § 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

Wird die Wirksamkeit einer Revisionsrücknahme von einem Verfahrensbeteiligten in Zweifel gezogen, so ist es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Sache des Revisionsgerichts, hierüber eine feststellende Erklärung zu treffen (vgl. nur BGH StPO § 302 Abs. 1 Satz 1 Rechtsmittelverzicht 8 m.w.N.; BGH NSTz 2001, 104).

45. BGH 4 StR 335/07 – Beschluss vom 20. November 2007 (LG Zweibrücken)

Entscheidung über Vollstreckungsreihenfolge nach § 67 n.F. (Geltung in der Revision).
§ 67 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 354a StPO

46. BGH 4 StR 338/07 – Beschluss vom 25. September 2007 (LG Hamburg)

BGHSt; räuberischer Angriff auf Kraftfahrer (Verüben eines Angriffs auf einen Kraftfahrzeugführer: Erlangung der Führerqualität während der Tat, konkludent fortgesetzte Bedrohung; Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs: Vorliegen in Ausnahmefällen); erpresserischer Menschenraub.
§ 316a Abs. 1 StGB; § 239a StGB

47. BGH 4 StR 358/07 – Beschluss vom 23. Oktober 2007 (LG Bielefeld)

Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus und in der Sicherungsverwahrung (Annahme einer schweren dissozialen Persönlichkeitsstörung und schwere andere seelische Abartigkeit; erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit; Feststellungen für eine angestellte negative Gefährlichkeitsprognose).
§ 63 StGB; § 66 StGB; § 20 StGB

48. BGH 4 StR 386/07 – Urteil vom 29. November 2007 (LG Paderborn)

Urteilsgründe (erforderliche Feststellungen zu Einzeltaten: Konkretisierung und Individualisierung, bloße Wiederholung des Anklagesatzes); Urkundenfälschung (Identitätstäuschung).
§ 267 StGB; § 261 StGB; § 267 StPO

49. BGH 4 StR 408/07 – Beschluss vom 20. November 2007 (LG Saarbrücken)

Erörterungsmangel zum Täter-Opfer-Ausgleich (Wiedergutmachung; ernstes Bemühen um einen auch immateriellen Ausgleich; Schmerzensgeldzahlung; Strafmilderung in Abhängigkeit von der Deliktsart).
§ 46 a Absatz 1 Nr. 1 StGB; § 46 StGB

50. BGH 4 StR 408/07 – Beschluss vom 20. November 2007

Fortwirkende Beiordnung des Beistands der Nebenklage.
§ 397 a Abs. 1 StPO

51. BGH 4 StR 422/07 – Beschluss vom 18. Oktober 2007 (LG Bochum)

Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils (Versuch; Tatbestandsirrtum).
§ 255 StGB; § 253 StGB; § 240 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

52. BGH 4 StR 424/07 – Beschluss vom 13. November 2007 (LG Landau)

Rechtsfehlerhafte nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsur).
§ 55 StGB

53. BGH 4 StR 425/07 – Urteil vom 29. November 2007 (LG Saarbrücken)

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme (Tatherrschaft; Mittäterschaft und Beihilfe); Mord (Heimtücke: maßgeblicher Zeitpunkt für die Arglosigkeit, zwischen-

zeitlicher Verlust des Argwohns; niedrige Beweggründe: Hinrichtung für die Nicht-Rückzahlung von Schulden).
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 28 StGB; § 212 StGB

54. BGH 4 StR 435/07 – Urteil vom 15. November 2007 (LG Rostock)

BGHSt; mit sich führen beim bewaffneten unerlaubten Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (einschränkende Auslegung bei mangelnder Beweglichkeit; Selbstschussanlage); Bestimmtheitsgrundsatz (Wortlautgrenze; entgegenstehende teleologische Erwägungen des Gesetzgebers); Grenze der sukzessiven Mittäterschaft (Exzess eines Mittäters).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 30 a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB; § 25 Abs. 2 StGB

55. BGH 4 StR 453/07 – Urteil vom 15. November 2007 (LG Neubrandenburg)

Gefährliche Körperverletzung (das Leben gefährdenden Behandlung); Körperverletzung mit Todesfolge (objektive und individuelle Vorhersehbarkeit bei seltenen medizinischen Vorfällen; spezifischer Gefahrezusammenhang; Kausalität und objektive Zurechnung; minder schwerer Fall).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 227 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 18 StGB; § 15 StGB

56. BGH 4 StR 481/07 – Beschluss vom 18. Oktober 2007 (LG Paderborn)

Urteilsgründe (geschlossene Darstellung des in der Hauptverhandlung festgestellten Tatgeschehens zu den einzelnen Fällen: Konkretisierung, Individualisierung); ordnungsgemäße Anklageerhebung (Umgrenzungsfunktion; eingeschränkter Fehlermaßstab; Informationsfunktion: Verfahrensrüge); Betrug (schadensgleiche Vermögensgefährdung bei der Eingehung eines Kaufvertrages).
§ 263 StGB; § 199 StPO; § 267 StPO

57. BGH 4 StR 499/07 – Beschluss vom 30. Oktober 2007 (LG Essen)

Entscheidung über die Vollstreckungsreihenfolge nach § 67 n.F. (Geltung in der Revision).
§ 67 StGB; § 354a StPO

58. BGH 4 StR 522/07 – Beschluss vom 8. November 2007 (LG Kaiserslautern)

Unzulässige Mathematisierung der Strafzumessung; einschränkende Auslegung der revisionsgerichtlichen Strafzumessungskompetenz; redaktioneller Hinweis.
§ 46 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

59. BGH 4 StR 525/07 – Beschluss vom 27. November 2007 (LG Essen)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht nach qualifizierter Belehrung.
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

60. BGH 4 StR 529/07 – Beschluss vom 20. November 2007 (LG Hagen)

Rechtsfehlerhaft unterlassene umfassende nachträgliche Gesamtstrafenbildung; Anforderungen an die Darstellung der Gesamtstrafenbildung.
§ 55 StGB; § 54 StGB

61. BGH 4 StR 536/07 – Beschluss vom 13. November 2007 (LG Saarbrücken)

Unterbliebene Ladung des Wahlverteidigers (Darlegungsvoraussetzungen bei der Verfahrensrüge: Vollständigkeit).

§ 218 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

62. BGH 4 StR 549/07 – Beschluss vom 29. November 2007 (LG Lübeck)

Abgrenzung von Versuch und Vollendung bei der räuberischen Erpressung (angestrebter Erfolg nach Vorstellung der Täter; „Abziehen“ unter Jugendlichen; Handy); Rücktritt (fehlgeschlagener Versuch; Freiwilligkeit; Tatbestandsbezogenheit).

§ 255 StGB; § 253 StGB; § 22 StGB

63. BGH 4 StR 588/07 – Beschluss vom 18. Dezember 2007 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

64. BGH 5 StR 325/07 – Urteil vom 7. November 2007 (LG Görlitz)

Unzulässige Verfahrensrügen der Staatsanwaltschaft; begrenzte Revisibilität der Beweiswürdigung bei Freispruch (Gesamtwürdigung der vorhandenen Indizien).

§ 261 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

65. BGH 5 StR 371/07 – Urteil vom 7. November 2007 (LG Mühlhausen)

Gewerbsmäßige Steuerhhehlerei (Absatzhilfe: keine Erfassung der versuchten Zwischenhehlerei; sich verschaffen: eigene Verfügungsmacht; Versuch: unmittelbares Ansetzen: doppelter Geheißerwerb, Ankauf); keine Beihilfe zur Steuerhinterziehung nach Beendigung und Beihilfevorsatz.

§ 374 AO; § 259 StGB; § 22 StGB; § 27 StGB

66. BGH 5 StR 393/07 – Beschluss vom 8. November 2007 (LG Zwickau)

Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (ungehinderte Zugang zur Sache; Handeltreiben).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

Der Besitz von Betäubungsmitteln nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG setzt einen tatsächlich ungehinderten Zugang zur Sache voraus.

67. BGH 5 StR 403/07 – Beschluss vom 8. November 2007 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

68. BGH 5 StR 420/07 – Beschluss vom 3. Dezember 2007 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

69. BGH 5 StR 449/07 – Beschluss vom 6. November 2007 (LG Berlin)

Bandenmitgliedschaft beim Betäubungsmittelhandel als besonderes strafscharfendes persönliches Merkmal.

§ 28 Abs. 2 StGB; § 30 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

70. BGH 5 StR 477/07 – Beschluss vom 7. November 2007 (LG Neuruppin)

Strafschärfung bei legitimum Verteidigungsverhalten (mangelnde Reue; innerer Zusammenhang einer Strafzumessungserwägung mit der Tat).

§ 46 Abs. 2 StGB

71. BGH 5 StR 504/07 – Beschluss vom 3. Dezember 2007 (LG Nürnberg)

Berechnungsdarstellung und Schätzung beim Vorenthalten von Sozialversicherungsabgaben; Erörterungsmängel bei der Bildung der Gesamtfreiheitsstrafe (Bildung einer gesonderten Gesamtgeldstrafe).

§ 266a StGB; § 53 Abs. 2 Satz StGB